

بَيِّنَاتُ الْمُجْتَهِدِ

وَنَهَايَةُ الْمُقْتَضِ

تأليف الإمام أبي الوليد
محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي

٥٢٠ - ٥٩٥ هـ

الجزء الثاني

الطبعة السادسة

١٤٠٢ هـ ١٩٨٢ م

[تمتاز بضبط الآيات القرآنية والأحاديث النبوية]

الناشر

دار المعرفة
للطباعة والنشر
بيروت - لبنان

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريث)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب : الباب الأول : في مقدمات النكاح . الباب الثاني : في موجبات صحة النكاح . الباب الثالث : في موجبات الخيار في النكاح . الباب الرابع : في حقوق الزوجية . الباب الخامس : في الأنكحة المنهى عنها والفاسدة .

الباب الأول في مقدمات النكاح

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح ، وفي الخطبة على الخطبة . وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج . فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب إليه ، وهم الجمهور ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب ؛ وقالت المتأخرة من المالكية : هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ؛ وذلك بحسب ما يتخاف على نفسه من العنت . وسبب اختلافهم هل تحمل صبغة الأمر به في قوله تعالى - فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - وفي قوله عليه الصلاة والسلام « تَنَاكَحُوا فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأَمَمَ » وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة . فأما من قال إنه في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ، فهو التفات إلى المصلحة ، وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل ، وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذهب مالك القول به هـ

وأما خطبة النكاح المزوية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة ، وقال داود هي واجبة . وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب : فأما الخطبة على الخطبة ، فإن النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أولا يدل : وإن كان يدل ففي أى حالة يدل ؟ فقال داود يفسخ ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ ؛ وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده ؛ وقال ابن القاسم : إنما معنى النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لافي أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس « حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية ابن أبي سفيان خطباها ، فقال : أَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَرَجُلٌ لَا يَرْفَعُ عَصَاهُ عَنِ النِّسَاءِ ، وَأَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ ، وَلَكِنْ أَنْكِحِي أُسَامَةَ » . وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة ، فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط ؛ وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوأتين ؛ ومنع ذلك قوم على الإطلاق ؛ وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القلمين مع الوجه والكفين . والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن مطلقا ، وورد بالمنع مطلقا ، وورد مقيدا : أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى - وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا - إنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء .

الفصل الثاني في موجبات صحة النكاح

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان : الركن الأول : في معرفة كيفية هذا العقد . الركن الثاني : في معرفة محل هذا العقد . الثالث : في معرفة شروط هذا العقد .

(الركن الأول) في الكيفية . والنظر في هذا الركن في مواضع : في كيفية الإذن المتعقد به ، ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفور ؟ .

(الموضع الأول) الإذن في النكاح على ضربين : فهو واقع في حق الرجال والذئب من النساء بالألفاظ ، وهو في حق الأبكار المستأذونات واقع بالسكوت : أغنى الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكي عن أصحاب الشافعي أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق ، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صَاهُهَا » ، واففقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن إذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصلقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج . وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال : لانكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ؛ ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك ، أعني أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد ، فإنه يوجد في الشرع على ضربين : أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أعني الزوج والزوجة ، إما مع الولي ، وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها . والثاني يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعد وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح . واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصي محجوره البالغ أم ليس

يجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجبره . والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟ وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره ، والخلاف في ذلك موجود في المذهب . وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النسياء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح ، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام « والثَّيِّبُ تُعْرَبُ عَنْ نَفْسِهَا » إلا ما حكى عن الحسن البصري . واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح ؛ وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : لا بد من اعتبار رضاها ؛ ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم ، وذلك أن ما روى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله : « لَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » وقوله « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا » خرجه أبو داود ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة ، وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور « وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ » يوجب بعمومه استثمار كل بكر . والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : « وَالْبِكْرُ يَسْتَأْذِنُهَا أَبُوهَا » وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالا : يجبرها الأب على النكاح ؛ وقال الشافعي : لا يجبرها ؛ وقال المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ؛ وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ؛ وقول إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام ؛ والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا وَلَا تُنْكَحُ الْيَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِهَا »

يفهم منه أن ذات الأب لا تستأر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استثمار الثيب البالغ ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله « لا تُنكحُ الأيمُ حتى تُستأمرَ ولا تُنكحُ حتى تُستأذنَ » يدل بعمومه على ما قاله الشافعي . ولا اختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الإيجاب هل هو البكارة أو الصغر ؟ فن قال الصغر قال : لا تجبر البكر البالغ ؛ ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ؛ ومن قال كل واحد منهما يوجب الإيجاب إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الأول لتعليل أبي حنيفة ، والثاني لتعليل الشافعي ، والثالث لتعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة . واختلفوا في الثبوت التي ترفع الإيجاب وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثبوت التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لا تكون بزنى ولا بغصب ؛ وقال الشافعي : كل ثبوت ترفع الإيجاب . وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام « الثيب أحق بنفسها من وليها » بالثبوت الشرعية أم بالثبوت اللغوي ؟ . واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبني بها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه » إلا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة . واختلفوا من ذلك في مسألتين : إحداهما هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟ والثانية هل يزوج الصغير غير الأب ؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا ؟ فقال الشافعي : يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط ؛ وقال مالك : لا يزوجها إلا الأب فقط ، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد ؛ وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ، ولها الخيار إذا بلغت ، وسبب اختلافهم معارضة

العموم للقياس ، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام « والبكر تستأمر وإفنها صباهما » يقتضى العموم فى كل بكر إلا ذات الأب التى خصصها الإجماع ، إلا الخلاف الذى ذكرناه ، وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب فى هذا المعنى ، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجسد فقط ، لأنه فى معنى الأب إذ كان أباً أعلى ، وهو الشافعى ؛ ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للأب فى ذلك غير موجود لغيره ، إما من قبل أن الشرع خصه بذلك ، وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره ، وهو الذى ذهب إليه مالك رضى الله عنه ، وما ذهب إليه أظهر - والله أعلم - إلا أن يكون هناك ضرورة . وقد احتج الحنفية بمجواز إنكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى - فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - قال : واليتيم لا ينطلق إلا على غير البالغة . والفريق الثانى قالوا : إن اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة » والمستأمرة هى من أهل الإذن وهى البالغة ، فيكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم لليتيم ؛ وقد احتج أيضا من لم يجوز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام « تستأمر اليتيمة فى نفسها » قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ، فوجب المنع ، ولأولئك أن يقولوا : إن هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئمار ، وأما الصغيرة فسكوت عنها . وأما : هل يزوج الولي غير الأب الصغير ؟ فإن مالكا أجازة للوصي ؛ وأبا حنيفة أجازة للأولياء ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ ، ولم يوجب ذلك مالك ؛ وقال الشافعى : ليس لغير الأب إنكاحه . وسبب اختلافهم قياس غير الأب فى ذلك على الأب . فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد فى غير الأب لم يجوز ذلك ؛ ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ؛ ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا .

(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فإنه

الجمهور على أنه لا يجوز ؛ وقال أبو ثور يجوز . والسبب في اختلافهم تردد .
النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار ، والبيوع التي يجوز فيها الخيار ،
أو نقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت
للخيار الدليل . أو نقول إن أصل منع الخيار ^١ في البيوع هو الغرر والأنكحة .
لاغرر فيها ؛ لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ، ولأن الحاجة إلى الخيار
والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن
العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازوه قوم ،
وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، ومن منعه
مطلقا الشافعي ، ومن أجازها مطلقا أبو حنيفة وأصحابه ، والتفرقة بين الأمر
الطويل والقصير لمالك . وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول
من المتعاقدين في وقت واحد معا ، أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا .
الخلاف عرض في البيع .

(الركن الثاني : في شروط العقد) وفيه ثلاثة فصول : الفصل الأول :
في الأولياء . الثاني : في الشهود . الثالث : في الصداق .

الفصل الأول في الأولياء

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة : الأول : في اشتراط الولاية في صحة
النكاح . الموضع الثاني : في صفة الولي . الثالث : في أصناف الأولياء وترتيبهم
في الولاية . وما يتعلق بذلك . الرابع : في عضل الأولياء من يلونهم ، وحكم
الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

(الموضع الأول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح
أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي ، وأنها شرط
في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة وزفر
والشعبي والزهرى : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز ؛
وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه .

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، وليس لها معنى واضح .

في الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض ، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لامن شروط الصحة ، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك ، أعني أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لامن شروط التمام . وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل ، لأن الأصل براءة النمة ، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك ، فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشتراط الولاية قوله تعالى - فإذا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ - قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى - وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا - قالوا : وهذا خطاب للأولياء أيضا ؛ ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيْمًا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَزَوَّجَهَا . بَاطِلٌ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا ، فَإِنْ اسْتَجَرُوا فَالْسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » خرجه الترمذي وقال فيه : حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة ، فقوله تعالى - فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ بِالْمَعْرُوفِ - قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها . قالوا : وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال - أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ - وقال - حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا

خَيْرُهُ - . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تُستأمر في نفسها وإذنها صماتها » وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع . فأما قوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن - فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعهن النكاح ، وليس نهيهن عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذهبن في صحة العقد لاحقية ولا مجازا ، أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهن ، وكذلك قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - هو أن يكون خطابا لأولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطابا للأولياء ، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولى الأمر ، فن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولى الأمر ، فإن قيل إن هذا عام والعلم يشمل ذوى الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع ، فيستوى فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنبي ، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذهبن في صحة النكاح لكان مجملا لا يصبح به عمل ، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر ، لأن هذا مما تعم به البلوى ؛ ومعلوم أنه كان في المدينة من لاولى له ، ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعتقد أنكحهم ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به . وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي : أعني المولى عليها ، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على

نفسها ، أعنى أن لا تكون هى التى تلى العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط فى صحة النكاح إشهاد الولي معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى - فَلَاحِجُنَاكَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْتُمْ فِي أَنْفُسِهِمْ مِنْ مَعْرُوفٍ - فإن المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح ، فظاهر هذه الآية - والله أعلم - أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد ، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف . وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد ، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر ، لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فبماذا ليت شعري تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهري هو أن يكون موافقا لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضا له ، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ، ويكون السكوت كافيا فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى - فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف - هو أظهر فى أن المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا - على أن الولي هو الذى يلى العقد . وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري ، وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه ، قالوا : والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة . وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ولكنه مختلف فى رفعه . وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد « فى نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه » . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال ، ويشبه أن يقال إن

للرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط
الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى على التأييد ، مع أن ما يلحقها من العار
في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكفي في ذلك
أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسئلة محتملة كما ترى ، لكن الذي
يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين حسن الأولياء
وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان
لا يجوز علمه ، عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم
البلوى في هذه المسئلة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم
تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل ، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : إما أنه
ليست الولاية شرطا في صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة في ذلك ، وأما إن
كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك
يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

(الموضع الثاني) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فإنهم
اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سوابها
أضداد هذه : أعني الكفر والصغر والأنوثة ، واختلفوا في ثلاثة : في العبد
والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوزها أبو حنيفة ؛
وأما الرشد فالمشهور في المذهب : أعني عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس
من شرطها : أعني الولاية ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : ذلك من
شرطها ؛ وقد روى عن مالك مثل قول الشافعي ، ويقول الشافعي قال أشهب
وأبومصعب . وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ؛ فمن رأى أنه
قد يوجب الرشد في هذه الولاية مع علمه في المال قال : ليس من شرطه أن
يكون رشيدا في المال ؛ ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لا بد من
الرشد في المال ، وهما قسمان كما ترى ، أعني أن الرشد في المال غير الرشد
في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى :
أعني هذه الولاية ، فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة . وقد
يمكن أن يقال إن الحالة التي بها يختار الأولياء أوليائهم الكفاء غير حالة العدالة
وهي خوف حقوق العار بهم ، وهذه هي موجودة بالطبع ، وتلك العدالة

الأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .
 (الموضع الثالث) وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان
 ومولى أعلى وأسفل ، ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على
 الدنية . واختلفوا في الوصي ؛ فقال مالك : يكون الوصي وليا ، ومنع ذلك
 الشافعي . وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستتاب فيها ، أم ليس
 يمكن ذلك ؟ . ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح ، لكن الجمهور
 على جوازها إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء ، لأن الوصي وكيل
 بعد الموت ، والوكالة تنقطع بالموت . واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب ،
 فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عصبة كان
 أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ثم الآباء ثم الإخوة للأب والأم
 ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا .
 وقال المعيرة : الجدة وأبوه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة
 على ترتيب الإخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق
 من الأسفل ، والوصي عنده أولى من ولي النسب : أعني وصي الأب
 واختلف أصحابه فيمن هو أولى وصي الأب أو ولي النسب ؟ فقال ابن القاسم
 الوصي أولى ، مثل قول مالك ؛ وقال ابن المناجشون وابن عبد الحكم : الولي
 أولى ؛ وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا ، وفي تقديم
 الإخوة على الجدة فقال : لا ولاية للابن ؛ وروى عن مالك أن الأب أولى من
 الابن وهو أحسن ؛ وقال أيضا : الجدة أولى من الأخ ، وبه قال المعيرة ؛
 والشافعي اعتبر التعصيب ، أعني أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر
 « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان » ولم يعتبره
 مالك في الابن لحديث أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن
 ينكحها إياه » ولأنهم اتفقوا : أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء
 الواجب للأم ، والولاء عندهم للعصبة . وسبب اختلافهم في الجدة هو اختلافهم
 فيمن هو أقرب هل الجدة أو الأخ ؟ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة :
 أحدها : إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب . والثانية : إذا غاب الأقرب
 (١) هكذا بالأصل ، ولعل صوابه : لأنه ليس بأصل ، فلينأمل ، اهـ مصححه :

هل تنتقل الولاية إلى الأبعد أو إلى السلطان ؟ . والثالثة : إذا غاب الابن عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) فاختلف فيها قول مالك ، فمرة قال : إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصى في محجورته ، فإنه لا يختلف قوله إن النكاح في هذين مفسوخ ، أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى ؛ وقال الشافعي : لا يعتقد أحد مع [حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب . وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي : أعني ثابتاً بالشرع في الولاية ، أم ليس بحكم شرعي ؟ وإن كان حكماً فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب ، أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ؛ ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد ، فإن أجاز له الولي جاز ، وإن لم يجزه انفسخ ؛ ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ، وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب ؛ أعني أن يكون النكاح منفسخاً غير منعقد .

(وأما المسئلة الثانية) فإن مالكا يقول : إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد ؛ وقال الشافعي : تنتقل إلى السلطان . وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الأب عن ابنته البكر ، فإن في المذهب فيها تفصيلاً واختلافاً ، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون ، وإما للأمرين جميعاً ؛ فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيراً وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لاتزوج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه : واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيداً ، فقليل تزوج وهو قول مالك ؛ وقليل لاتزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما إن

علمت النفقة أو كانت في غير صون فإنها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة :
أعني في الغيبة البعيدة ، وفي الأسر ، والجهل بمكانه ؛ وكذلك إن اجتمع الأمران
فإذا كانت في غير صون تزوج وإن لم تدع إلى ذلك ؛ ولم يختلفوا فيما أحسب
أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان إمكان مخاطبته ، وليس يعد بحسب
النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال إن ضاق الوقت وخشى
السلطان عليها الفساد زوجت وإن كان الموضع قريبا ؛ وإذا قلنا إنه يجوز
ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ؛ فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها
كل واحد منهما ، فإنه لا يخلو أن تكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر
أو يكونا عقدا معا ، ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم ، فأما إذا
علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما . واختلفوا
إذا دخل الثاني ؛ فقال قوم هي للأول ؛ وقال قوم هي للثاني ، وهو قول مالك
وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم ؛ وأما إن أنكحها معا
فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف . وسبب الخلاف في اعتبار الدخول
أو لا اعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روى أنه عليه الصلاة
والسلام قال « أَيْمَنَ امْرَأَةٌ أَنْكَحَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا »
فعوم هذا الحديث يقتضي أنها للأول دخل بها الثاني أو لم يدخل ؛ ومن
اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف . وأما إن
لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ ؛ وقال مالك : يفسخ ما لم يدخل أحدهما ؛
وقال شريح : تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج ، وهو شاذ ، وقد روى
عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع : في عضل الأولياء) واتفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل
وليته إذا دعت إلى كفو وبصداق مثلها وأنها ترفع أمرها إلى السلطان
فيزوجها ما عدا الأب ، فإنه يختلف فيه المذهب . واختلفوا بعد هذا الاتفاق
فيما هي الكفاءة المعبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا ؟ وكذلك اتفقوا
على أن للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها
الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر . أما غير البالغ باتفاق ، فالبالغ والثيب
الصغيرة باختلاف على ما تقدم ، وكذلك الوصي في محجوره على القول بالخبر .

فأما الكفاءة فلأنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك إلا ما روى عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين ، ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر وبالحملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما ، وكذلك إن زوجها ممن ماله حرام ، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا ؟ وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب ، فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح المولى من العرب وأنه احتج لذلك بقوله تعالى - *إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ* - وقال سفيان الثوري وأحمد : لا تزوج العريية من مولى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تزوج قرشية إلا من قرشي ، ولا عريية إلا من عربي . والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « *تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِدِينِهَا وَجَاهِهَا وَمَالِهَا وَحَسَبِهَا فَاطْفَرَتْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَمِينُكَ* » فهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « *فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَمِينُكَ* » ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال ، وأنه لا يخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع ، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر بلجهة مآ ، ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر ، أعنى إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة . أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخير الأمة إذا عتقت . وأما مهر المثل فإن مالكا والشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل : أعنى البكر ، وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ؛ وقال أبو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة . وسبب اختلافهم أما في الأب فلا اختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم لا ؟ . وأما في الثيب فلا اختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذ كانت لا ترتفع

عنها في التصرف في النكاح ، والصدّاق من أسبابه ، وقد كان هذا القول أنخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، لكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة ، وهي هل يجوز للولي أن ينكح وليته من نفسه أم أم لا يجوز ذلك ؟ فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحاكم والشاهد ، أعنى أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك ولا أعلم له حجة في ذلك إلا ما روى من « أنه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولي » لأن ابنها كان صغيراً ، وما ثبت « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية فجعل صداقها عتقها » . والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ، ولكن تردد قوله في الإمام الأعظم .

الفصل الثاني في الشهادة

واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح . واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد ؛ واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس بسر . وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إمام المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فن قال حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ؛ ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل في هذا ما روى عن ابن عباس « لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد » ولا يخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلاً في باب الإجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روى مرفوعاً ذكره الدارقطني ، وذكر أن في سنده مجاهيل ؛ وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين ، لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ؛ والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين : أعنى الإعلان والقبول ، ولذلك اشترط فيها العدالة ؛ وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصى الشاهدان بالكتمان . وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟

والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام « أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليته بالدُّفوف » خرجه أبو داود ، وقال عمر فيه : هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجعت : وقال أبو ثور وجماعة : ليس الشهود من شرط النكاح ، لا شرط صحة ولا شرط تمام ، [وفعل ذلك الحسن بن علي ، روى عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح .

الفصل الثالث في الصداق

والنظر في الصداق في ستة مواضع : الأول : في حكمه وأركانه . الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة . الموضع الثالث : في تشطيره . الموضع الرابع : في التفويض وحكمه . الموضع الخامس : الأصدقة الفاسدة وحكمها . الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق .

(الموضع الأول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل : الأولى : في حكمه ، الثانية : في قدره . الثالثة : في جنسه ووصفه . الرابعة : في تأجيله .

(المسئلة الأولى) أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى - وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً - وقوله تعالى - فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِيهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ - .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد . واختلفوا في أقله ، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ، وقال طائفة بوجوب تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور في ذلك مذهبان : أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة ، أو ماساوى الدراهم الثلاثة ، أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور ، وقيل أو ما يساوى أحدهما ، وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ، وقيل خمسة دراهم ، وقيل أربعون درهما . وسبب اختلافهم في التقدير سيان : أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات ، وبين أن يكون عبادة

فيكون مؤقتا ، وذلك أنه من جهة أنه بماك به على المرأة منافعها على السواء يشبه العوض ، ومن جهة أنه لا يجوز التراضى على إسقاطه يشبه العبادات . والسبب الثاني معارضة هذا القياس ، فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضى التحديد . أما القياس الذي يقتضى التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذي يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته ، وفيه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى قد وهبت نفسي لك ، فقامت قياما طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل معك من شيء تنصدها إياه ؟ » فقال : ما عندي إلا إزارى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن أعطيتها إياه جئست لإزار لك فالتمس شيئا ، فقال : لأجد شيئا ، فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتما من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل معك شيء من القرآن ؟ » قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا - لسور سماها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » قالوا : فقله عليه الصلاة والسلام « التمس ولو خاتما من حديد » دليل على أنه لا قدر لأقله لأنه لو كان له قدر لبيته إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بئين كما ترى مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه انبئى على مقدمتين : إحداهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة مؤقتة ، وفي كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلغى في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم . وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا ، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بملك الرجل لقوله فيه « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال « قم فاعلمتها » لما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلمها ، فجاء نكاحا بإجارة ، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر

الصداق لم يجعلوا شيئا أقرب شبيها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما . وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقدر أصله القطع ، وضعف هذا القياس هو من قبل الاستباحة فيها هي مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطاء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه ، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم في هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس في إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف ، وإنما استعملوه في تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ، ويشهد لعدم التحديد ما أخرجه الترمذي « أن امرأة تزوجت علي نعلين ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَا لَكَ بِنَعْلَيْكِ ؟ فقالت نعم ، فجوز نكاحها » وقال هو حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم ، لأنه النصاب في السرقة عنده ؛ وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ؛ لأنه النصاب في السرقة عنده ؛ وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ، لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددًا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « لَامَهْرٌ بِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ ذَرَاهِمٍ » وأو. كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لأنه كان يجب لموضع هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص ، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن جابر ، ومبشر والحجاج ضعيفان ، وعطاء أيضا لم يلق جابرا ، ولذلك لا يمكن أن يقال إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ما أجاز. أن يملك وأن يكون عوضا .
واختلفوا من ذلك في مكانين : في النكاح بالإجارة ، وفي جعل عتق أمة
صداقها . أما النكاح على الإجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالإجارة ،
وقول بالمنع ، وقول بالكراهة : والمشهور عن مالك الكراهة ، ولذلك رأى
فسخه قبل الدخول ، وأجازه من أصحابه أصبغ وسمنون ، وهو قول الشافعي ،
ومنه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا في العبد فإن أبا حنيفة أجازه . وسبب اختلافهم
سببان : أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر
بالعكس ؟ فن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى - لَمَّا أُرِيدَ أَنْ نَنْكِحَكَ
إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَتُّنِي أَحْيِيحَ - الآية ؛ ومن
قال ليس بل لازم قال : لا يجوز النكاح بالإجارة . والسبب الثاني هل يجوز أن
يقاس النكاح في ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيع
الغرم المجهول ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية ، وذلك أن أصل التعامل
إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة ، والإجارة هي عين ثابتة
في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . ولذلك اختلف الفقهاء
متى تجب الأجرة على المستأجر ؛ وأما كون العتق صداقاً فإنه منعه فقهاء
الأمصار ماعدا داود وأحمد . وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد في ذلك
للأصول ، أعني ما ثبت من « أنه عليه الصلاة والسلام أعتق صفيية وجعل
عتقها صداقها » مع احتمال أن يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة
اختصاصه في هذا الباب ، ووجه مفارقتها للأصول أن العتق لإزالة ملك ،
والإزالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لأنها إذا أعتقت ملكت نفسها
فكيف يلزمها النكاح ؟ ولذلك قال الشافعي : إنها إن كرهت زواجه غرمت
له قيمتها ، لأنه رأى أنها قد أتلفت عليه قيمتها إذ كان إنما أتلفها بشرط
الاستمتاع بها ، وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ، ولو كان
غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام . والأصل أن أفعاله لازمة لنا ،
إلا ما قام الدليل على خصوصيته . وأما صفة الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد
النكاح على العوض المعين الموصوف ، أعني المنضبط جنسه وقلده بالوصف .

واختلفوا في العوض الغير موصوف ولا معين ، مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته ، فقال مالك وأبو حنيفة يجوز ؛ وقال الشافعي لا يجوز ؛ وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي ؛ وقال أبو حنيفة : يجزى على القيمة . وسبب اختلا فهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ؛ ومن قال ليس يجري مجراه إذ المقصود منه إنما هو المكارمة قال : يجوز . وأما التأجيل فإن قوما لم يجزوه أصلا ، وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه إذا أراد الدخول وهو مذهب مالك ؛ والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه إلا لزمن محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ؛ ومنهم من أجاز له الموت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعي . وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه ؟ فن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ؛ ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ؛ ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

(الموضع الثاني : في النظر في التقرر) واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى - وإن أردتم أن تستبدلوا زواجكم مكان زواجكم وتيسموا إحداهن قنطاراً فلا تأخذن منهن شيئا - الآية . وأما وجوبه بالمت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا إلا انعقاد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه ، بل يجب بالدخول والخلوة ، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك والشافعي وداود : لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس ؛ وقال أبو حنيفة ؛ يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما أو مريضا أو صائما في رمضان أو كانت المرأة حائضا ؛ وقال ابن أبي ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا . وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحه أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها

شيء في قوله تعالى - وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ - ونص في المطلق قبل المسيس أن لها نصف الصداق ، فقال تعالى - وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ - وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين : أعني قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب إلا بالمسيس ، والمسيس ههنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ، ولذلك قال مالك في العنين المؤجل إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيرا في إيجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكموا . واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا اختلفا في المسيس أعني القائلين باشتراط المسيس ، وذلك مثل أن تدعى هي المسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ؛ وقيل إن كان دخول بناء صدقت ، وإن كان دخول زيارة لم تصدق ؛ وقيل إن كانت بكرا نظرا إليها الذماء ، فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال ؛ وقال الشافعي وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه مدعى عليه ؛ ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى إذا كان أقوى شبهة . وهذا الخلاف يرجع إلى هل إيجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل ، وكذلك القول في وجوب البيعة على المدعى ، وسيأتى هذا في مكانه .

(الموضع الثالث : في التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - الآية . والنظر في التشطير في أصول ثلاثة : في محله من الأنكحة ، وفي موجهه من أنواع الطلاق : أعني الواقع قبل الدخول ، وفي حكم ما يعرض له من التغيرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك

فهو النكاح الصحيح ، أعنى أن يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد ، فإن لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه . واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عمره ، ولا فرق بينه وبين [القيام بالعيب] . وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق ، وبالحملة من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها فى ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير . والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسحا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه . وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة ؛ فن قال إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد السلعة وأخذ الثمن كالحال فى المشتري فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال : إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال : يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها . فأما حكم ما يعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله ، فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه : إما أن يكون تلفا للكل ، وإما أن يكون نقصا ، وإما أن يكون زيادة ، وأما أن يكون زيادة ونقصا معا . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها ؛ فعند مالك أنهما فى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان ؛ وعند الشافعى أنه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف

ولا يرجع بنصف الزيادة ، وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أو لا تملكه ؟ فن قال إنها لا تملكه ملكا مستقرا قال : هما فيه شريكان ما لم تتعد فتدخله في منافعتها ؛ ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ؛ ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعتها ضامنة للنصف .

واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن ؟ فقال مالك : يرجع عليها بنصف ما اشترته ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر ؟ أعني إذا طلقت قبل الدخول وللسيد في أمتة ؟ فقال مالك : ذلك له ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس ذلك له . وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى - **إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ** - أو **يَعْفُوَ الَّذِي بِيَمِينِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ** - وذلك في لفظة «يعفو» فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب ؛ وفي قوله «الذي بيده عقدة النكاح» على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج ؛ فن قال على الزوج جعل «يعفو» بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل «يعفو» بمعنى يسقط .

وشذ قوم فقالوا : لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا في الآية : أي شرعا زائدا ، لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله الولي ، إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعا ، فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر ؛ والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ؛ وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب مصيرا عموم قوله تعالى - **إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ** - . واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ؛ فقال مالك : ليس يرجع عليها بشيء ؛ وقال الشافعي : يرجع عليها بنصف الصداق .

وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة ؟ فمن قال في عين الصداق قال : لا يرجع عليها بشيء لأنه قبض الصداق كله ؛ ومن قال هو في ذمة المرأة قال : يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها : وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض ، فقال : إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى أن الحق في العين ما لم تقبض ، فإذا قبضت صار في الذمة .

(الموضع الرابع : في التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى - لَاجِنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ يَمْسَسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً - . واختلفوا من ذلك في موضعين : أحدهما إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر . الموضع الثاني : إذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهي إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج في ذلك خيار ، فإن طلق بعد الحكم ، فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ؛ ومنهم من قال : ليس لها شيء ، لأن أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ؛ وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارين ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها . وسبب اختلافهم ، أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ، ومن لا يوجب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى - لَاجِنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ يَمْسَسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً - هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك ، وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال ، أو لا يفهم ذلك ؟ فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى - وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ - ولا خلاف أعلمه في أنه إذا طلق ابتداء أنه ليس عليه شيء ، وقد كان يجب على من أوجب

لها المتعة مع شطر الصداق إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل ، لأن الآية لم تتعرض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب فواجب أن يتشطر إذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ، ولهذا قال مالك إنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها ، فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا : ليس لها صداق ولها المتعة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث وبه وقال أحمد وداود ، وعن الشافعي القولان جميعا ، إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . أما الأثر فهو ما روى عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسئلة فقال : أقول فيها برأي فإن كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فني : أرى لها صداق امرأة من نساءها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في برّوع بذت واشتق ، خرج أبو داود والذسائي والترمذي وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع . وقال المزني عن الشافعي في هذه المسئلة : إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة ، والذي قاله هو بالصواب والله أعلم .

(الموضع الخامس : في الأصدقة الفاسدة) والصداق يفسد إما لعينه وإما لمصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك ، والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه بالبيع ، وفي ذلك خمس مسائل مشهورة :

(المسئلة الأولى) إذا كان الصداق خمر أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا شاردا ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل ؛ وعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد . والثانية أنه إن دخل ثبت ولها صداق المثل . وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟ فن قال حكمه حكم البيع

قال : يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ، ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطاً في صحة العقد قال : يمتضى النكاح ويصحح بصداق المثل ، والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ، والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصاً . (المسئلة الثانية) واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبداً ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق ، فمنعه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور ، وأجازته أشهب ، وهو قول أبي حنيفة ؛ وفرق عبد الله فقال : إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً بأمر لا يشك فيه جاز . واختلف فيه قول الشافعي ، فمرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال : فيه مهر المثل . وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه ؟ فن شبهه في ذلك بالبيع منعه ، ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حياء يجابي به الأب على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ؛ وقال الشافعي : المهر فاسد ولها صداق المثل ؛ وقال مالك : إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته ، وإن كان بعد النكاح فهو له . وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع ، فن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حياء قال : لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ؛ ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال : يجوز . وأما تفريق مالك فلأنه أتهمه إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها ، ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق ، وقول مالك هو قول عمر ابن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد . وخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيْمًا امْرَأَةٌ نَكَحَتْ عَلَى حَبَاءٍ قَبْلَ عَصْمَةِ النَّكَاحِ فَهِيَ لَهَا ، وَمَا كَانَ بَعْدَ عَصْمَةِ النَّكَاحِ فَهِيَ لِمَنْ أُعْطِيَهِ ، وَأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ الرَّجُلُ عَلَى ابْنَتِهِ وَأُخْتِهِ » وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من

قبيل أنه صحفه ، ولكنه نص في قول مالك . وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات وجب العمل به .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب ، فقال الجمهور : النكاح ثابت . واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل ؛ واختلف في ذلك يقول الشافعي . فقال مرة بالقيمة ، وقال مرة بمهر المثل ؛ وكذلك اختلف المذهب في ذلك ، فقليل ترجع بالقيمة ، وقليل ترجع بالمثل . قال أبو الحسن اللخمي : ولو قيل ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها . وشدد سحنون فقال : النكاح فاسد . ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه ؟ فمن شبهه قال : يفسخ ؛ ومن لم يشبهه قال : لا يفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف إن لم يكن له زوجة ، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال الجمهور بجوازه . واختلفوا في الواجب في ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ، ولها من الصداق بحسب ما اشترط ؛ وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول الشافعي وبه قال أبو ثور ، إلا أنه قال : إن طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المتعة ؛ وقال أبو حنيفة : إن كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف ؛ ويتخرج في هذا قول أن النكاح مفسوخ لمكان الغرر ، ولست أذكر الآن نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة . . واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك : يعتبر في جمالها ونصابها ؛ ومالها ؛ وقال الشافعي : يعتبر بنساء عصبته فقط ؛ وقال أبو حنيفة : يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبه وغيرهم ، ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال ، لقوله عليه الصلاة والسلام « تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها » الحديث .

(الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق) واختلفهم لا يخلو أن يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت : أعنى وقت الوجوب

(١) قوله ونصابها : هكذا في النسخ ولعله منصبها فتأمل اهـ مصححه .

فأما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلاً بمائتين وقال الزوج بمائة ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً ، فقال مالك : إنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف ، وإن نكلا جميعاً كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعاً ، ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله ، وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوجة إلى مهر مثلها ، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ؛ وقالت طائفة : إذا اختلفا تحالفاً ورجع إلى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك ، وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة ، وقد قيل إنها ترد إلى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو . واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فن قال معلل قال : يحلف أبداً أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفاً وتفاسخا ، ومن قال غير معلل قال : يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قلراً زائداً فهو مدعى عليه ؛ وقيل أيضاً يتحالفان أبداً ، لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه ، والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها إلى مهر المثل ، والقول قوله فيما زاد على مهر المثل برأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى ، بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله . وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل ، هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه ؟ فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ؛ ومن قال لا يشبه ، لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال : بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ؛ ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبه باللعان ، وهو تشبيه ضعيف

مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما إذا اختلفا في القبض فقالت
الزوجة لم أقبض ، وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور : القول قول
المرأة الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور ؛ وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ،
والقول قوله بعد الدخول ؛ وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك لأن
العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن
كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ، أبدا ؛ والقول بأن القول
قولها أبدا أحسن لأنها مدعى عليها ، ولكن ذلك راعى قوة الشبهة التي له
إذا دخل بها الزوج ؛ واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون
القول قوله يمين أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف في جنس الصداق
فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد ، وقالت هي زوجتك على هذا الثوب ،
فالجمهور في المذهب . أنهما يتحالفان ويتناسخان إن كان الاختلاف قبل البناء
وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو
أقل مما اعترفت به ؛ وقال ابن القصار : يتحالفان قبل الدخول ، والقول
قول الزوج بعد الدخول ؛ وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبه
سواء أشبه قولها أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج فإن كان قولها مشبها
كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل ؛
وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عنه . اختلافها في القدر : أغنى
يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل . وسبب قول الفقهاء بالتناسخ في البيع
ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله . وأما اختلافهم في الوقت فإنه
يتصور في الكالي . والذي يحىء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه
أن القول في الأجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضا
متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فن شبه النكاح بالبيوع قال : لا يجب
إلا بعد الدخول قياسا على البيع . إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض
السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية قال : يجب قبل الدخول
ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .
(الركن الثالث : في معرفة محل العقد) وكل امرأة فلانها تحل في الشرع
بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا

إلى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة . والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاث : نسب ، وصهر ، ورضاع . والمختلف فيها الزنى ، واللعان والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة : أحدها مانع العدد . والثاني : مانع الجمع . والثالث : مانع الرق والرابع : مانع الكفر والخامس : مانع الإحرام . والسادس : مانع المرض . والسابع : مانع العدة على اختلاف في عدم تأييده . والثامن : مانع التطليق ثلاثا للمطلق . والتاسع : مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالحمل أربعة عشر مانعا ، ففي هذا الباب أربعة عشر فصلا .

الفصل الأول في موانع النسب

واتفقوا على أن النساء اللائي يحرم من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والحالات وبنات الأخ وبنات الأخت. واتفقوا على أن الأم ههنا : اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ؛ والبنات : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ؛ وأما الأخت : فهي اسم لكل أنثى شاركك في أحد أصليك أو مجموعيهما أعني الأب أو الأم أو كليهما ؛ والعمة : اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة ؛ وأما الخالة : فهي اسم لأخت أهلك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ؛ وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ؛ وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها . فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة . والأصل فيها قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ) إلى آخر الآية . وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

الفصل الثاني في المصاهرة

وأما المحرمات بالمصاهرة فإِنَّهن أربع : زوجات الآباء ، والأصل فيه قوله تعالى - - ولا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - الآية ، وزوجات

الأبناء : والأصل في ذلك أيضا قوله تعالى - وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ - وأمهات النساء أيضا ، والأصل في ذلك قوله تعالى - وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ - . وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى - وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ - فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد ، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوج .

واختلفوا منها في موضعين : أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للأم للدة أو بالوطء ؟ . وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسألة رابعة ، وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ؟ فهنا أربع مسائل .

(المسئلة الأولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه ؟ فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم ؛ وقال داود ذلك من شرطه ؛ ومبنى الخلاف هل قوله تعالى - اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ - وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير ، وإنما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطاً في الربائب ، إذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره قال : تحرم الربيبة بإطلاق ؛ ومن جعله شرطاً غير معقول المعنى قال : لا تحرم إلا إذا كانت في حجره .

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء ؟ فإنهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا ؟ فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والأوزاعي والليث بن سعد : إن اللمس لشهوة يحرم الأم ، وهو أحد قولي الشافعي ؛ وقال داود والمزني : لا يحرمها إلا الوطء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده ، والنظر عند مالك كاللمس إذا كان نظر تلذذ إلى أي عضو كان ، وفيه عنه خلاف ؛ ووافق أبو حنيفة في النظر إلى الفرج فقط ؛ وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة ؛

وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قوليه فلم يوجب في النظر شيئاً ، وأوجب في اللمس . ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى - اللاتي دخلتم بهن - الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟ .

(المسئلة الثالثة) وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت كالحال في البنت : أعني أنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم ، وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة . ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى - اللاتي دخلتم بهن - يعود إلى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو إلى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى - وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن - فإنه يحتمل أن يكون قوله - اللاتي دخلتم بهن - يعود على الأمهات البنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى الثوري بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « أيما رجل نكح امرأةً فدخل بها أو لم يدخل فلا تحلُّ له أمها » .

(وأما المسئلة الرابعة) فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعني الذي يدرأ فيه الحد ، فقال الشافعي : الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه ؛ وقال أبو حنيفة : والثوري والأوزاعي : يحرم الزنا ما يحرم النكاح وأما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة أنه يحرم ؛ وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، ويندبون إلى ما في الموطأ ؛ وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ . وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح : أعني في دلالة على المعنى الشرعي واللغوي ، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم - قال : يحرم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لا يحرم الزنا ،

ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال: يحرم الزنا أيضا، ومن شبهه بالنسب قال: لا يحرم لإجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا. واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح. واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح.

الفصل الثالث في مانع الرضاع

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب: أعني أن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على الموضع هي وكل من يحرم على الابن من قبيل أم النسب. واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة، القواعد منها تسع: إحداها: في مقدار المحرم من اللبن. والثانية في سن الرضاع. والثالثة في حال الموضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا. والرابعة: هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثلثي أو لا يعتبر. والخامسة: هل يعتبر فيه الخالطة أم لا يعتبر. والسادسة: هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر. والسابعة: هل ينزل صاحب اللبن: أعني الزوج من الموضع منزلة أب، وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب. والثامنة: الشهادة على الرضاع. والتاسعة: صفة المرضعة.

(المسئلة الأولى) أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه؛ وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس. وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي؛ وقالت طائفة: بتحديد القدر المحرم، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق. فقالت طائفة: لا تحرم المصاة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها. وبه قال أبو عبيد وأبو ثور؛ وقالت طائفة: المحرم خمس رضعات. وبه قال الشافعي؛ وقالت طائفة: عشر رضعات. والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضا. فأما عموم الكتاب فقوله تعالى: وَأُمّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ - الآية، وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الإرضاع، والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى:

أحدهما حديث عائشة وما في معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصّة ولا المصّتان أو الرضعة والرضعتان » خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث ، وفيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان » والحديث الثاني حديث سهل في سالم أنه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم « أرضعيه خمس رضعات » وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت « كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن » فمن رجع ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال : تحرم المصّة والمصّتان ؛ ومن جعل الأحاديث مفسرة الآية وجمع بينها وبين الآية ورجع مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام « لا تحرم المصّة ولا المصّتان » على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال : الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم ، وذلك أن دليل الخطاب في قوله « لا تحرم المصّة ولا المصّتان » يقتضي أن ما فوقها يحرم ، ودليل الخطاب في قوله « أرضعيه خمس رضعات » يقتضي أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب .

(المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين . واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء : لا يحرم رضاع الكبير ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه الصلاة والسلام . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك . وذلك أنه ورد في ذلك حديثان : أحدهما حديث سالم ، وقد تقدم ، والثاني حديث عائشة خرجه البخاري ومسلم قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل ، فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه ، فقلت : يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة ، فقال عليه الصلاة والسلام : انظرون من إخواني كن من الرضاعة فإن الرضاعة من المسجعة » فن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال : لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء ، إلا أن حديث سالم نازلة في عين ، وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ؛ ومن رجع حديث سالم وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به قال : يحرم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لا يحرم ذلك الرضاع ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : تثبت الحرمة به . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « فلما الرضاعة من المجاعة » فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم ، فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة ، فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار الموضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع ، والقائلون بتأثير الإرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام^١ أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط ، وبه قال زفر ؛ واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين ، وفي قول الشهر عنه ، وفي قول عنه إلى ثلاثة أشهر ؛ وقال أبو حنيفة : حولان وستة شهور . وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى - والوالدات يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَتَّىٰ لَسَيْنَ كَامِلِينَ - يوم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الرضاعة من المجاعة » يقتضى عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود ، وبالحملة ما يصل إلى الحلق من غير رضاع ، فإن مالكا قال : يحرم الوجور واللدود ؛ وقال عطاء وداود : لا يحرم . وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف ، أو وصوله على الجهة المعتادة ؟ فن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع قال : لا يحرم الوجور ولا اللدود ؛ ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

(١) قوله الفطام : هكذا بالنسخ ، ولعله عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام في التحريم ، بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اه مصححه .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره ، فإنهم اختلفوا في ذلك أيضا ، فقال ابن القاسم : إذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى اللبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره ، أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة إذا خالط الحلال الطاهر . والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء ظاهر ؟ .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق أو لا يعتبر فإنه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به . ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لا يصل ؟ .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن : أعنى زوج المرأة أبا للرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري : لبن الفحل يحرم ؛ وقالت طائفة : لا يحرم لبن الفحل ، وبالأول قال علي وابن عباس ، وبالأول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور : أعنى آية الرضاع ، وحديث عائشة هو « قالت جاء أفلح أخو أبي القعيس يستأذن عليّ بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له ، وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إِنَّهُ عَمُّكَ فَأُذِنِي لَهُ ، فقلت : يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فقال : إِنَّهُ عَمُّكَ فَلْيَسَلْ عَمِّيكَ » أخرجه البخاري ومسلم ومالك ؛ فمن رأى أن ما في الحديث شرع زائد على ما في الكتاب ، وهو قوله تعالى - وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ - وعلى قوله صلى الله عليه وسلم « يَحْرُمُ مِّنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِّنَ الْوِلَادَةِ » قال : لبن الفحل محرم ؛ ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم

من الولادة » إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع ، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث إن عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الأصول ، لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهي الراوية للحديث ، ويصعب رد الأصول المنتشرة التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التي تكون في عين ، ولذلك قال عمر رضى الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة .

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فإن قوما قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة امرأتين ، وقوما قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة أربع ، وبه قال الشافعى وعطاء ؛ وقوم قالوا : تقبل فيه شهادة امرأة واحدة ؛ والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة . وهو مذهب مالك وابن القاسم ؛ ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ ومنهم من اشترط ذلك ، وهي رواية عن مالك ، وقد روى عنه أنه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنتين . والسبب في اختلافهم ، أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان ، وستأتى هذه المسئلة في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأثر الوا د في ذلك للأصل المجمع عليه ، أعنى أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين ، وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال ، وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال ، والإجماع منعقد على أنه لا يقضى بشهادة واحدة ، والأمر الوارد في ذلك هو حديث عتبة بن الحارث قال « يارسول الله إني تزوجت امرأة غائت امرأة فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ ؟ دَعَاهَا عَنْكَ » وحمل بعضهم هذا الحديث على النذب جمعا بينه وبين الأصول وهو أشبه ، وهي رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فلأنهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة

بالغ وغير بالغ ، والياثسة من المحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملا كانت أو غير حامل ؛ وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل ، وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى ، وإن وجد فليس لبنا إلا باشتراك الاسم . واختلفوا من هذا الباب فى لبن الميتة . وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ، ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ، ويكاد أن تكون مسألة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا فى القول .

الفصل الرابع فى مانع الزنا

واختلفوا فى زواج الزانية . فأجاز هذا الجمهور ، ومنعها قوم . وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى - وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ - وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ - هل خرج مخرج الدم أو مخرج التحريم ؟ وهل الإشارة فى قوله - وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ - إلى الزنا أو إلى النكاح ؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الدم لا على التحريم لما جاء فى الحديث « أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم فى زوجته إنها لاترد يد لامس ، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : طَلَّقْهَا ، فقال له : إني أحبها . فقال له : فَأَمْسِكْهَا » وقال قوم أيضا : إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل . وبه قال الحسن . وأما زواج الملاحنة من زوجها الملاحنة فسنذكرها فى كتاب اللعان .

الفصل الخامس فى مانع العدد

واتفق المسلمون على بجواز نكاح أربعة من النساء معا ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا فى موضعين : فى العبيد ، وفيما فوق الأربع . أما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعا ، وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط . وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى إسقاط هذا العدد كما لها تأثير فى إسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا ، وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك . وذلك أن

المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا : أعنى أن حده نصف حد الحر ،
واختلفوا في غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا تجوز
الخامسة لقواه تعالى - فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث
ورباع - ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اغيلان لما أسلم وتحت
عشر نسوة « أمسك أربعا وفارق سائرهن » وقالت فرقة : يجوز تسع ،
ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة ، أعنى
جمع الأعداد في قواه تعالى - مثنى وثلاث ورباع - .

الفضل السادس في مانع الجمع

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى - وأن تجمعوا
بين الأختين - واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ،
وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى
- وأن تجمعوا بين الأختين - لعموم الاستثناء في آخر الآية ، وهو قوله تعالى
- إلا ما ملككم - وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب
مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع
الإجماع على أنه لا تأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى - وأن تجمعوا
بين الأختين - ملك اليمين ، ويحتمل أن لا يعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى
قوله - وأن تجمعوا بين الأختين - على عمومه ، ولا سيما إن عللنا ذلك بعلة الأخوة
أو بسبب موجود فيهما . واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين إذا كانت
إحداهما بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازاه الشافعي ،
وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها
اثبت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه
عليه الصلاة والسلام من أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يجمع بين
المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها » واتفقوا على أن العمة ههنا هي
كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة إما بنفسه وإما بواسطة ذكر آخر ،
وأن الحالة : هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة إما بنفسها
وإما بتوسط أنثى غيرها ومن الحرات من قبل الأم ، واختلفوا هل هذا من باب

الخاص أريد به الخاص، أم هو من باب الخاص أريد به العام؟ والذين نالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أى عام هو المقصود به؟ فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار: هو خاص أريد به الخصوص فقط، وأن التحريم لا يتعدى إلى غير من نص عليه؛ وقال قوم: هو خاص والمراد به العموم، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة، فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة، ولا بين ابنتي خال أو خالة، ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها، أو بينها وبين بنت خالتها؛ وقال قوم: إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة، أعني لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجوز لهما أن يتناكحا؛ ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا، أعني إذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى فلم يجوز لهما أن يتناكحا، فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما. وأما إن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإنه إن وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه، وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لأجنبي، وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

الفصل السابع في موانع الرق

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة، وللحرة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هي وأولياؤها. واختلفوا في نكاح الحر الأمة، فقال قوم: يجوز بإطلاق، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم؛ وقال قوم: لا يجوز إلا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت، وهو المشهور من مذهب مالك، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي. والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ - الآية، لعموم قوله - وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ - الآية، وذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى - ومن لم يستطع منكم طولا - الآية، يقتضى أنه

لايجل نكاح الأمة إلا بشرطين : أحدهما عدم الطول إلى الحرية ، والثاني خوف العنت - وقوله تعالى - وأنكحوا الأيامى منكم - يقتضى بعمومه إنكاحهن من حرّ أو عبد ، واحدا كان الحر أو غير واحد ، خائفا للعنت أو غير خائف ، لكن دليل الخطاب أقوى ههنا - والله أعلم - من العموم ، لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة في نكاح الإماء ، وإنما المقصود به الأمر بإنكاحهن وألا يجبرن على النكاح ، وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من إرقاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين ، أعنى الذين لم يجزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما : أحدهما إذا كانت تحت حرة هل هي طول أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة : هي طول ؛ وقال غيره : ليست بطول ؛ وعن مالك في ذلك القولان . والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع أو ثنتان ؟ فن قال إذا كانت تحت حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال : إذا كانت تحت حرة لم يجز له نكاح الأمة ؛ ومن قال خوف العنت إنما يعتبر بإطلاق سواء كان عزبا أو متأهلا ، لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت ، وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة ، لأن حاله مع هذه الحرية في خوف العنت كحاله قبلها ، وبخاصة إذا خشى العنت من الأمة التي يريد نكاحها ، وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الأمة الأولى أو لا ينكحها ؟ وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا إذ كان الخوف على العزب أكثر قال : لا ينكح أكثر من أمة واحدة ، ومن اعتبره مطلقا قال : ينكح أكثر من أمة واحدة ، وكذلك يقول إنه ينكح على الحرية ، واعتباره مطلقا فيه نظر ؛ وإذا قلنا إن له أن يتزوج على الحرية أمة فتزوجها بغير إذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ النكاح ؟ اختلف في ذلك قول مالك ، واختلفوا إذا وجد طولاً بحرة هل يفارق الأمة أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها ، أعنى أصحاب مالك ؛ واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته وإنها إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

الفصل الثامن في مانع الكفر

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى - ولا تمشكوا
بعضكم الكفائر - واختلفوا في نكاحها بالملك ، وافقوا على أنه يجوز أن
ينكح الكتابية الحرة ، إلا ما روى في ذلك عن ابن عمر . واختلفوا في إحلال
الكتابية الأمة بالنكاح ؛ وافقوا على إحلالها بملك اليمين . والسبب في اختلافهم
في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى - ولا تمشكوا بعضكم
الكفار - وعموم قوله تعالى - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن -
لعموم قوله - وَالْحَصْنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ -
ومن المسييات ، وظاهر هذا يقتضي العموم ، سواء كانت مشركة أو كتابية ،
والجمهور على منعها ، وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم
ما روى من نكاح المسييات في غزوة أوطاس إذ استأذنوه في العزل فأذن
لهم ؛ وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد ، لأن الأصل
بناء الخصوص على العموم : أعني أن قوله تعالى - وَالْحَصْنَاتُ مِنَ الَّذِينَ
أُوتُوا الْكِتَابَ - هو خصوص ، وقوله - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن -
هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ؛ ومن ذهب إلى تحريم
ذلك جعل العام ناسخا للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء ؛ وإنما اختلفوا
في إحلال الأمة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس ، وذلك أن
قياسها على الحرة يقتضي إباحة تزويجها ، وباقي العموم إذا استثنى منه الحرة
يعارض ذلك ، لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص
بقي الباقي على عمومته ؛ فنخصص العموم الباقي بالقياس ، أولم ير الباقي من
العموم المخصوص ، عموما قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ ومن رجح باقي
العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لا يجوز نكاح الأمة الكتابية ؛ وهنا
أيضا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس ، وذلك أن
قوله تعالى - مِنَ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ - يوجب أن لا يجوز نكاح الأمة الغير
مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك ، والقياس ^١ من

(١) قوله والقياس ، إلى قوله : وإنما اتفقوا هو زائد ببعض النسخ الخطية
والمصرية وفيه خفاء ، فليتأمل في معناه اهـ مصححه .

كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله
المسلمات ؛ والطائفة الثانية أنه ثم لم يجوز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلا بشرط
فأحرى أن لا يجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج ، وإنما اتفقوا على إحلالها بملك
اليمين لعموم قوله تعالى - «إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» - وإجماعهم على أن
السبي محل المسبية الغير متزوجة . وإنما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي
نكاحها ، وإن هدم فتى يهدم ؟ فقال قوم : إن سبيا معا أعنى أزواج الزوجات
لم يفسخ نكاحهما ، وإن سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح ، وبه قال
أبو حنيفة ؛ وقال قوم : بل السبي يهدم سبيا معا أو سبي أحدهما قبل الآخر
وبه قال الشافعي ؛ وعن مالك قولان : أحدهما أن السبي لا يهدم النكاح أصلا .
والثاني أنه يهدم بإطلاق مثل قول الشافعي . والسبب في اختلافهم هل يهدم
أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين أمنوا من القتل بين نساء اليمين أهل العهد
وبين الكافرة التي لازوج لها أو المستأجرة من كافر . وأما تفريق أبي حنيفة بين
أن يسبيا معا وبين أن يسبي أحدهما فلأن المؤثر عنده في الإحلال هو اختلاف
الدار بهما لا الرق ، والمؤثر في الإحلال عند غيره هو الرق ، وإنما النظر هل
هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية ؟ والأشبه أن لا يكون للزوجية هنا
حرمة لأن محل الرق وهو الكفر سبب الإحلال . وأما تشبيهها بالذمية فبعيد
لأن الذي إنما أعطى الجزية بشرط أن يقرَّ على دينه فضلا عن نكاحه .

الفضل التاسع في مانع الإحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقل مالك والشافعي والليث والأوزاعي وأحمد
لا ينكح المحرم ولا ينكح ، فإن فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب
وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة : لا بأس بذلك . وسبب
اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب ، فمنها حديث ابن عباس « أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم » وهو حديث ثابت النقل
خرجته أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة « أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق
شتى ، من طريق أبي رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن

يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يَنْكِحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يَنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ » فن رجح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال : لا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يَنْكَحُ ؛ ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال : يَنْكَحُ وَيَنْكَحُ ، وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

الفصل العاشر في مانع المرض

واختلفوا في نكاح المريض ، فقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ؛ وقال مالك في المشهور عنه : إنه لا يجوز ، ويتخرج ذلك من قوله إنه يفرق بينهما وإن صح ، ويتخرج من قوله أيضا إنه لا يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب . وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثالث ويجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب آخر ، وهو هل ينهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أولادهم ؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ، لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثالث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثالث ، وردّ جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصلح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يراد فيه إثبات الحكم بالمصلحة ، حتى إن قسوما رأوا أن أقول بهذا القول شرع زائد وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف ، وأنه لا يجوز الزيادة فيه كما لا يجوز التقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعلم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها ، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا إلى الظلم ، ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الجبال ، فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناعات الشيء وضده

مما اكتسبوا من قوة مهنتهم إذ لا يمكن أن يحد في ذلك حد مؤقت صناعي ، وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

الفصل الحادى عشر فى مانع العدة

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا فيما تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها ، فقال مالك والأوزاعى والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبدا ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه إياها مرة ثانية . وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشدا الثقفى لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال : أيا امرأة نكحت فى عدتها فإن كان زوجها النكاح تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب ؛ وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبدا . قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها . وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف يختلف فى أصله ، وهو أنه أدخل فى النسب شبهة فأشبهه الملاءن . وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا . والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة . وفى بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر فى بيت المال ، فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثورى عن أشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف . وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع ، اتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق ، والجمهور على أنه لا يعتق . وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا أنه مؤثر كان له ابنا بجهة مآ ، وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك . وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه

قال « كَيْفَ يَسْتَعْبِدُهُ وَقَدْ غَدَّاهُ فِي سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ ». وأما النظر في مانع التطليق ثلاثا ، فسيأتى في كتاب الطلاق .

الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية

وأما مانع الزوجية فلأنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين . واختلفوا فى المسبية على ما تقدم ؛ واختلفوا أيضا فى الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا ؟ فالجمهور على أنه ليس بطلاق ؛ وقال قوم : هو طلاق . وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى - إلا ما ملكت أيمانكم - وذلك أن قوله تعالى - إلا ما ملكت أيمانكم - يقتضى المسيبات وغيرهن ، وتخيير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقا ، لأنه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ، ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها ؛ والحجة للجمهور ما أخرجه ابن أبي شيبة عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيا من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساء هن أزواج ، وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فأنزل الله عز وجل - والمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ - وهذه المسئلة هى التى بكتاب الطلاق . فهذه هى جملة الأشياء المصححة للأنكحة فى الإسلام ، وهى كما قلنا راجعة إلى ثلاثة أجناس : صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط فى العقد . وأما الأنكحة التى انعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام ، فلأنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منهما معا : أعنى من الزوج والزوجة ، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها فى الإسلام أن الإسلام يصحح ذلك ؛ واختلفوا فى موضعين : أحدهما إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما فى الإسلام . والموضع الثانى إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فأما المسئلة الأولى) وهي إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان ، فإن مالكا قال : يختار منهن أربعا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء ، وبه قال الشافعي وأحمد وداود ؛ وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : يختار الأوائل منهن في العقد ، فإن تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ؛ وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك : إذا أسلم وعنده أختان غارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره . وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر ، وذلك أنه ورد في ذلك أثران : أحدهما مرسل مالك « أن غيلان بن سلامة الثقفي أسلم وعنده عشرين نسوة أسلمن معه ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا » والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « اخْتَرِ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ » . وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيهه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعد الإسلام : أعني أنه كما أن العقد عليهن فاسد في الإسلام كذلك قبل الإسلام وفيه ضعف . وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر ، وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي : إنه إذا أسلمت المرأة قبله فإنه إن أسلم في عدتها كان أحق بها وإن أسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية ، وذلك « أن زوجه عاتكة ابنة الوائد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه » قالوا : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها إلا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضي عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبنت ؛ وقال الشافعي : سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل إذا وقع إسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح . وسبب اختلافهم معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى - ولا تمسكوا بعصم الكوافر - يقتضي المفارقة على الفور . وأما الأثر المعارض

لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته ، وكان إسلامه بمر الظهران ، ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة ، فأخذت بلحيته وقالت : اقتلوا الشيخ الضال ، ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للأثر فلأنه يظهر أنه لافرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها ، فإن كانت العدة معتبرة في إسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر في إسلامه أيضا قبل .

الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح

وموجبات الخيار أربعة : العيوب ، والإعسار بالصدقات أو بالنفقة والكسوة . والثالث : الفقد : أعنى فقد الزوج . والرابع : العتق للأمة المزوجة فينقد في هذا الباب أربعة فصول :

الفصل الأول في خيار العيوب

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك في موضعين : أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟ . والموضع الثاني إذا قلنا إنه يرد فنأيهما يرد ، وما حكم ذلك ؟ . فأما الموضع الأول فلأن مالك والشافعي وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك : وقال أهل الظاهر : لا توجب خيار الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز : وسبب اختلافهم شيان : أحدهما هل قول صاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع ؟ فأما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أينما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات : أو قرن فلها صداقتها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها . وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيوب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ؛ وقال المخالفون لهم : ليس شبيهاً بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فلأنهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد ، فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون

والجذام والبرص وداء الفرج الذى يمنع الوطء ، إما قرن أو رتق فى المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك فى أربع : فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الفم ، فقليل ترد بها ، وقيل لا ترد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : لا ترد المرأة فى النكاح إلا بعيين فقط : القرن والرتق . فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شئ عليه . واختلفوا إن علم بعد الدخول والميسر ؛ فقال مالك : إن كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وإن كان بعيدا يرجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط . وقال الشافعى : إن دخل لزمه الصداق كله بالميسر ولا رجوع له عليها ولا على ولي . وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه الميسر ، أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الأنكحة الفاسدة بنفس الميسر ، لقوله عليه الصلاة والسلام « أَيْمًا امْرَأَةً نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا فَخِكَاحُهَا بَاطِلٌ وَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحْلَلَتْ مِنْهَا » فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع ، وبين حكم الأنكحة المفسوخة : أعنى بعد الدخول ؛ واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين أنه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة . فقليل لأن ذلك شرع غير معلل ؛ وقيل لأن ذلك مما يخفى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى ؛ وقيل لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفى على الزوج .

الفصل الثانى فى خيار الإعسار بالصداق والنفقة

واختلفوا فى الإعسار بالصداق ، فكان الشافعى يقول : تخير إذا لم يتدخل بها ، وبه قال مالك . واختلف أصحابه فى قدر التلوم له ؛ فقليل ليس له فى ذلك حد ؛ وقيل سنة ؛ وقيل سنتين ؛ وقال أبو حنيفة : هى غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولها أن تمتع نفسها حتى يعطيها المهر . وسبب

اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيها بالإيلاء والعنة . وأما الإعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق بينهما ، وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب ؛ وقال أبو حنيفة والثوري : لا يفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر . وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ، لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر إنه إجماع ، وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لانفقة لها عند الجمهور ، فإذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فإنهم قالوا قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة نبيه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

الفصل الثالث في خيار الفقد

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام ، فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالبا ، فقبل سبعون ، وقبل ثمانون ، وقبل تسعون ، وقبل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان ، وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروي أيضا عن عثمان وبه قال الليث ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : لا تنحل امرأة المفقود حتى يصبح موته ، وقولهم مروي عن علي وابن مسعود . والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين . والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود في أرض الحرب ،

ومفقود في حروب الإسلام ، أعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار .
والخلافة عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير ؛
فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تنزوج امرأته ولا
يقسم ماله حتى يصبح موته ، ما خلا أشهب ، فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض
المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال : إن حكمه حكم المقتول
دون تلوم ، وقيل يتلوم له بحسب بُعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه
وأقصى الأجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب
أربعة أقوال : قيل حكمه حكم الأسير ؛ وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم
سنة ، إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب
المسلمين وقتلهم ؛ والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين ؛
والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته ، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله
أعني يعمر وحينئذ يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر
بحسب الأصلح في الشرع ، وهو الذي يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء
فيه اختلاف : أعني بين القائلين بالقياس .

الفصل الرابع في خيار العتق

واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار ؛ واختلفوا إذا
عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعي وأهل المدينة
والأوزاعي وأحمد والليث لا خيار لها ؛ وقال أبو حنيفة والثوري لها الخيار حراً
كان أو عبداً . وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة ، واحتمال
العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحها بإطلاق إذا كانت
أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ؛ فمن قال : العلة الجبر على النكاح
بإطلاق قال : تخير تحت الحر والعبد ؛ ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط
قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فإنه روى عن ابن عباس أن
زوج بريرة كان عبداً أسود . وروى عن عائشة أن زوجها كان حراً ، وكلا
النقلين ثابت عند أصحاب الحديث ؛ واختلفوا أيضاً في الوقت الذي يكون لها
الخيار فيه ، فقال مالك والشافعي : يكون لها الخيار ما لم يمسيها ؛ وقال

أبو حنيفة : خيارها على المجلس ؛ وقال الأوزاعي : إنما يسقط خيارها بالميس إذا علمت أن الميس يسقط خيارها .

الباب الرابع في حقوق الزوجية

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى - وَعَلَى الْوَلَدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ - الآية . ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ولقوله لهند « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها ، واختلفوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولمن تجب ؟ ، وعلى من تجب ؟ . فأما وقت وجوبها فإن مالكا قال : لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغا ، وأما إذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فلا شافعي قولان : أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثاني أن لها النفقة بإطلاق . وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة ، فعلى الموسر مدان ، وعلى الأوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد . وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة أو على الكسوة ، وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الإطعام محدود . واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة ؟ وإن وجبت فكم يجب ؟ والجمهور على أن على الزوج النفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدم نفسها ؛ وقيل بل على الزوجة خادمة البيت ؛ واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته ؟ فقالت طائفة : ينفق على خادم واحدة ، وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور . ولست أعرف دليلا شرعيا لإيجاب النفقة على الخادم

إلا تشبيه الإحرام بالإسكان ، فإنهم اتفقوا على أن الإسكان على الزوج للنص
الوارد فيه وجوبه للمطلقة الرجعية : وأما لمن تجب النفقة فإنهم اتفقوا على أنها
تجب للحرّة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على
أنها لا تجب لها نفقة ، وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة
العموم للمفهوم ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام « ولهن عليكم
رزقهن وكسوتهن بالمعروف » يقتضى أن الناشز ، وغير الناشز في ذلك سواء ،
والمفهوم من أن النفقة للمنى في مقابلة الاستمتاع . يوجب أن لا نفقة للناشز .
وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا ، فقليل لها النفقة كالحرّة ،
وهو المشهور ، وقليل لا نفقة لها . وقليل أيضا إن كانت تأتية فلها النفقة ، وإن كان
يأتيا فلا نفقة لها . وقليل لها النفقة في الوقت الذى تأتية ، وقليل إن كان
الزوج حرا فعليه النفقة . وإن كان عبدا فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم
معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة ،
والقياس يقتضى أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذى يستخدمها ، أو تكون
النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ، ولذلك قال
قوم : عليه النفقة في اليوم الذى تأتية . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة
المزوجة أن تأتى زوجها في كل أربعة أيام . وأما على من تجب ، فاتفقوا
أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ، واختلفوا في العبد والغائب .
فأما العبد فقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد
نفقة زوجته ، وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لا نفقة عليه . وسبب
الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله . وأما الغائب
فالجمهور على وجوب النفقة عليه ، وقال أبو حنيفة : لا تجب إلا بإيجاب
السلطان . وإنما اختلفوا فيمن القول قوله إذا اختلفوا في الإتيان . وسيأتى
ذلك في كتاب الأحكام إن شاء الله . وكذلك اتفقوا على أن من حقوق
الزوجات العدل بينهما في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين
أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام « إذا كان للرجل امرأتان فمأكل
إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحدُ نعليه مائل » ولما ثبت « أنه
عليه السلام والسلام كان إذا أراد المفرد أخرج يمينه ، واختلفوا في مقام

الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولاً يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعي وأصحابهما : يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ، ولا يحتسب إذا كان له أم أو أخرى بأيام التي تزوج ؛ وقال أبو حنيفة : الإقامة عندهن سواء بكرا كانت أو ثيبا ، ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى . وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة ، وحديث أنس هو « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا تزوج البكر أقام عندها سبعا ، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا » وحديث أم سلمة هو « أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فأصبحت عنده فقال : لَيْسَ بِكَ عَلَيَّ أَهْلُكَ هَؤُلَاءِ » إِن شِئْتَ سَبَعْتُ عَنْكَ وَسَبَعْتُ عَنْكَ هُنَّ وَإِنْ شِئْتَ ثَلَاثُ عَنْكَ وَدُرْتُ فَقَالَتْ : ثَلَاثُ » وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه أخرجه مالك والبخاري ومسلم ، وحديث أنس حديث بصري أخرجه أبو داود ، فصار أهل المدينة إلى ما أخرجه أهل البصرة ، وصار أهل الكوفة إلى ما أخرجه أهل المدينة . واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب ؟ فقال ابن القاسم : هو واجب ؛ وقال ابن عبد الحكم : يستحب . وسبب الخلاف هل فعله عليه الصلاة والسلام على النذب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك ، وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ؛ وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك . وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع : أعني لإيجابه ، أو متضمنة أمره فقط ؟ فمن قال أمره قال : لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ؛ ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال : يجب عليها الإرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثلث غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع ، هذا إجماع لقوله سبحانه وتعالى - فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ

أَجُورَهُنَّ - (والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ولأن الأمة والمسبية إذا لم يفرق بينها وبين ولدها فأخص بذلك الحرة . واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم بخير ، ومنهم الشافعي ، واحتجوا بأثر ورد في ذلك ؛ وبقى قوم على الأصل لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث ؛ والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَنْتَ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحْهُ » ومن لم يصح عنده هذا الحديث طرد الأصل . وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب فليس في ذلك شيء يعتمد عليه .)

الباب الخامس

في الأنكحة المنهى عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التي ورد النهي فيها مصرحا بأربعة : نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلل . فأما نكاح الشغار فلمهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببيع الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ؛ واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لا يصحح ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده ، وبه قال الشافعي إلا أنه قال : إن سمي لإحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذي سمي به فاسد ؛ وقال أبو حنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري . وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معطل بعدم العوض أو غير معطل ، فإن قلنا غير معطل لزم الفسخ على الإطلاق ؛ وإن قلنا العلة علم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير ؛ وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر

(١) ما بين القوسين لم يوجد في النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو موجود بالنسخة الخطية تعلق أحمد بك تيموراه مصححه .

والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ، ويكون فيه مهر المثل ؛ وكأن مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به ، أو رأى أن النهى إنما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهى يدل على فساد المنهى .

وأما نكاح المتعة . فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذى وقع فيه التحريم ، ففي بعض الروايات أنه حرّمها يوم خيبر ، وفي بعضها يوم الفتح ، وفي بعضها في غزوة تبوك ، وفي بعضها في حجة الوداع ، وفي بعضها في عمرة القضاء ، وفي بعضها في عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى - قَمَآ اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِّنْهُنَّ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ - وفي حرف عنه إلى أجل مسمى ، وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد صلى الله عليه وسلم ، ولولا نهى عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شق . وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار . وعن عطاء قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : « تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بك ونصفنا من خلافة عمر » ثم نهى عنها عمر الناس .

وأما اختلافهم في النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره ، فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ ، وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل : أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا ، فإن مالكا قال : هو نكاح مفسوخ ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : هو نكاح صحيح . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ » الحديث فمن فهم من اللعن التأنيب فقط قال : النكاح صحيح ؛ ومن فهم من التأنيب فساد العقل تشبيها بالنه الذى يدل على فساد المنهى عنه قال : النكاح

فاسد ، فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهي . وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ، أو لتغيير حكم واجب بالشرح من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق ، وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهلها الصفة أو لالزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين يعتق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ، فلا يلزم الشرط الأول أيضا ، وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء ؛ وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها ، وقول الجماعة مروى عن علي ، وقول الأوزاعي مروى عن عمر . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته « كَلَّ شَرْطٌ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهَوَّ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ » وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ يُؤْتَى بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْقُرُوجَ » والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العناية وإن كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فإنه قد اختلف فيها للمذهب اختلافا كثيرا : أعني في لزومها أو عدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت) فإنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسدا بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح محرمة العين ؛ ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف عملة الفساد وقوتها ولما إذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس - وذلك في الأكثر - يفسخه قبل الدخول وينتبه بطله والأصل فيه عنده أن لا يفسخ ، وإنه يحاط بمنزلة ما يرى في كثير من

البيع الفاسد أنه يفوت بحالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فتي كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه أو مختلفا فيه . ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فزة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن تقطع ههنا القول في هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

كتاب الطلاق

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل : الحملة الأولى : في أنواع الطلاق . الحملة الثانية : في أركان الطلاق . الحملة الثالثة : في الرجعة . الحملة الرابعة : في أحكام المطلقات .

(الحملة الأولى) وفي هذه الحملة خمسة أبواب : الباب الأول : في معرفة الطلاق البائن والرجعي . الباب الثاني : في معرفة الطلاق السني من البدعي . الباب الثالث : في الخلع . الباب الرابع : في تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس : في التخيير والتملك .

الباب الأول في معرفة الطلاق البائن والرجعي

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعي . وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى - يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ - إلى قوله تعالى - لَعَلَّ اللَّهُ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا - وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا

وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدم التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد ؛ واتفقوا على أن العدد الذى يلزم البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى - الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ - الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذى يوجب البينونة في الرق اثنتان . واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ، ففي هذا الباب إذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الأولى) جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة ؛ وقال أهل الظاهر وجماعة : حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى - الطلاق مرتان - إلى قوله في الثالثة - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَسْكِبَ زَوْجًا غَيْرَهُ والمطلقات بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث ، واحتجوا أيضا بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر ؛ واحتجوا أيضا بما رواه ابن إسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال « طلق زكاته زوجه ثلاثا في مجلس واحد ، فحزن عليها حزنا شديدا ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف طلقته ؟ قال : طلقته ثلاثا في مجلس واحد ، قال : إنما تلك طلقة واحدة فارتجعها ، وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس ، وأن بجلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم ، وأن حديث ابن إسحق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق زكاته زوجه البتة لا ثلاثا .

وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ؟ ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟ فن شبه الطلاق بالأفعال التى يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيع قال : لا يلزم ؛ ومن شبهه بالنذور

والإيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعني في قوله تعالى - لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا -

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبدا كان طلاقه البائن الطلقة الثانية ، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس ، وإن كان يختلف عنده في ذلك ، لكن الأشهر عنه هو هذا القول . ومنهم من قال إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبدا أو حرا ، ومن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ؛ وفي المسئلة قول أشد من هذين ، وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما ، قال ذلك عثمان بن عفان وغيره وروى عن ابن عمر ، وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل ، فن قال التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال : يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشهروها بالعدة . وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أي نقصانها تابع لرق النساء ؛ واحتج الفريق الأول بما روى عن ابن عباس مرفوعا إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ ، وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ » إلا أنه حديث لم يثبت في الصحاح ، وأما من اعتبر من رُقٍ منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لالذكورية ولا الأنوثة مع الرق .

(المسئلة الثالثة) وأما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فإنه حكى قوم أنه إجماع ، وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء . وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما ؛ وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا في نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر إلا

ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ، ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ، لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ ، لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيقت ، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عمرا عليه ، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

الباب الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طلقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة ، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر « أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : مَرَّةٌ فَلْيُزْجِعْنَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَلَتْ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَ فَمِلْكُ الْعِدَّةِ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ » . واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع : الموضع الأول : هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقا في العدة ؟ . والثاني : هل المطلق ثلاثا : أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟ . والثالث : في حكم من طلق في وقت الحيض .

(أما الموضع الأول) فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقا آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة . وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من

شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتبعها فيه طلاقا ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .
(وأما الموضع الثاني) فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة . وسبب الخلاف معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة . والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجته ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال : فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم .
وأما مالك فلما رأى أن المطلق يلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه إنه ليس للسنة ، واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لابسة ولا ببدعة ، وقول مالك - والله أعلم - أظهر ههنا من قول الشافعي .

(وأما الموضع الثالث : في حكم من طلق في وقت الحيض) فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع : منها أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه ؛ وقالت فرقة : لا ينفذ ولا يقع ؛ والذين قالوا ينفذ قالوا : يؤمر بالرجعة وهؤلاء افرقوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الإيجاب اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإيجاب ، فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها ؛ وقال أشهب : لا يجبر إلا في الحيضة الأولى . والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء ، فقوم اشترطوا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعي وجماعة ؛ وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فإن شاء أمسك وإن شاء طلق ، وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من اشترط في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسه فيها لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه ، فهنا إذا أربيع مسائل :

أخذها : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ . والثانية : إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟ . والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب أو النذب ، والرابعة : متى يقع الإيجاب .

(أما المسئلة الأولى) فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به ، وكان طلاقاً لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها » قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم ، وروى أنه الذي كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فإنه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم « كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » وقالوا : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالحملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع الطلاق السنّي هي شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ فمن قال شروط إجزاء قال : لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ، ومن قال : شروط كمال وتمام قال : يقع ويندب إلى أن يقع كاملا ، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر ؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال : يجبر ؛ ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال : هذا الأمر هو على النذب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب فإن من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإنما صار لذلك لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر علة لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالحملة فقالوا إن من شرط الرجعة وجود زمان يصبح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله ،

وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب .
وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس ابن جبير وسعيد
ابن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال :
يراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء ، وقالوا : المعنى في ذلك أنه إنما أمر بالرجوع
عقوبة له لأنه طلق في زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان وقع
منه الطلاق علي وجه غير مكروه . فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه
المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي متى يجبر فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على
رجعتها لطول زمان العدة لأنه الزمان الذي له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه
إنما صار في هذا إلى ظاهر الحديث ، لأن فيه « مره فليراجعها حتى تطهر » فدل
ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة ، وأيضا فإنه قال : إنما أمر بمراجعتها
لثلاث تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليها الطلاق في الحيضة لم تعتد بها بإجماع
فإن قلنا إنه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل
فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة . فسبب الاختلاف
هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد .

الباب الثالث في الخلع

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تثول إلى معنى واحد ، وهو بذل
المرأة العوض على طلاقها ، إلا أن اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاه والصلح
ببعضه والفدية بأكثره والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء .
والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول :
في جواز وقوعه أولا ، ثم ثانيا في شروط وقوعه : أعني جواز وقوعه ، ثم
ثالثا في نوعه : أعني هل هو طلاق أو فسخ ؟ . ثم رابعا فيما يلحقه من الأحكام .

الفصل الأول في جواز وقوعه

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل في ذلك الكتاب والسنة .
أما الكتاب فقوله تعالى - فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ - . وأما السنة

فحديث ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس لأعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتودينَ عليَّ حديقتَه ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقْبَلِ الحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا طَلِّقَةً وَاحِدَةً » خرجه بهذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي ، وهو حديث متفق على صحته ، وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزيني عن الجمهور فقال : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - منسوخ بقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قينطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً - الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز . فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومته أو على خصوصه .

الفصل الثاني في شروط وقوعه

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع إلى القدر الذي يجوز فيه ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة الشيء الذي يجوز به ؛ ومنها ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أولياتهن ممن لا تملك أمرها ، ففي هذا الفصل أربع مسائل :

(المسئلة الأولى) أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به ، فإن مالكا والشافعي وجماعة قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها إذا كان النشوز من قبلها وبمثلها وبأقل منه ؛ وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت ، فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ؛ ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك ، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

(المسئلة الثانية) وأما صفة العوض ، فإن الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب ، ومالك يميز فيه المجهول الوجود

والقدر والمعدوم ، مثل الآبق والشارد والثرثرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم . وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع أو الأشياء الموهوبة والموصى بها ؛ فن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعراض البيوع ؛ ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك . واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم . على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لا تستحق عوضا ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل ^١ .

(المسئلة الثالثة) وأما ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها ، والأصل في ذلك قوله تعالى - وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ - وقوله تعالى - فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ - وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا : لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدا تزني ، وحلوا الفاحشة في الآية على الزنا ؛ وقال داود : لا يجوز إلا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية ؛ وشذ النعمان فقال : يجوز الخلع مع الإضرار ؛ والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل ، فيتحصل في الخلع خمسة أقوال : قول إنه لا يجوز أصلا . وقول إنه يجوز على كل حال : أي مع الضرر . وقول إنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول إنه يجوز في كل حال إلا مع الضرر ، وهو المشهور .

(المسئلة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فإنه لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لا تخالع عن نفسها إلا برضا سيدها ، وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر ؛ وقال مالك : يخالع

(١) هكذا جميع النسخ . ولعل الصواب يجب عليها ، فإن العوض راجع للزوج ، فليتأمل اهـ مصححه .

الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنة الصغير لأنه عنده يطلق عليه ، والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز لأنه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها ؛ وروى ابن نافع عن مالك أنه يجوز خلعها بالثلث كله ؛ وقال الشافعي : لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز ، وكان من رأس المال ، وإن زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهر التي لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها ، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها ؛ وشذ الحسن وابن سيرين فقالا : لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان .

الفصل الثالث في نوعه

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ ؛ وقال الشافعي : هو فسخ ، وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس . وقد روى عن الشافعي أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق كان طلاقا وإلا كان فسخا ، وقد قيل عنه في قوله الجديد إنه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا ، لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور : إن لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عايبا رجعة ، وإن كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جاء طلاقا بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره ، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ ، واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال - الطلاق مرتان - ثم ذكر الافتداء ثم قال - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع : أعني الإقالة ، وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع

الطلاق لأنه شيء غير الطلاق . فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟ .

الفصل الرابع فيما يلحقه من الأحكام

وأما لواحقه ففروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : فمنها هل يرتدف على المختلة طلاق أم لا ؟ فقال لمالك : لا يرتدف إلا إن كان الكلام متصلا ؛ وقال الشافعي : لا يرتدف وإن كان الكلام متصلا ؛ وقال أبو حنيفة : يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي . وسبب الخلاف أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ، ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها ، فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ، ومن لم ير ذلك لم يرتدف ؛ ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلة في العدة ، إلا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب أنهما قالا : إن ردّها ما أخل منها في العدة أشهد على رجعتها ، والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون ؛ ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في عدتها ؛ وقالت فرقة من المتأخرين : لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة . وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل ؟ . واختلفوا في عدة المختلة وسيأتي بعد . واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله إن لم يكن هنالك بينة ؛ وقال الشافعي : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، شبه الشافعي اختلافهما باختلاف المتبايعين ؛ وقال مالك : هي مدعى عليها وهو مدع . ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين : أحدهما ، أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه ؛ أعني في جوازه ، وكان الخلاف مشهورا

فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ . والقول الثاني أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح العدة وإن كان مما لهما أن يقيا عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

الباب الخامس في التخيير والتملك

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة : التملك والتخيير ، والتملك عن مالك في المشهور غير التخيير ، وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة إيقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرا مقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ، ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث ، وإن اختارت واحدة لم يكن لها ذلك ، والمملكة لا يبطل تملكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس ؛ والرواية الثانية أنه يبقى لها التملك إلى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك في التملك ؛ وقال الشافعي : اختارى وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقا إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث ، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه ، وفي العدد في الخيار أو التملك ، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هي عند مالك في التملك ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة ؛ وقال الثوري : الخيار والتملك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل القول قولها في أعداد الطلاق في التملك ، وليس للزوج منكرتها ، وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب ؛ وبه قال الزهري وعطاء ، وقد قيل إنه ليس للمرأة في التملك إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ،

وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما ، روى أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بيني وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس ، فقالت : لو أن الذي بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع ، قال : فإن الذي بيدى من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثا ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بهما دامت في عنتها ، وسألتى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع الله بالرجال وفعل : يعمدون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بفيا التراب ، ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيت غير ذلك علمت أنك لم تصب ، وقد قبل ليس التملك بشيء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة يجعل جاعل . وكذلك التخيير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك في المملكة إن لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والأوزاعي وجماعة فقهاء الأمصار ؛ وعند الشافعي أن التملك إذا أراد به الطلاق كالوكالة ، وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق ، وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه ، قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا ، لكن أحل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهم لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنهم كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد في الحكم ، لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملك إنسانا أمرا من الأمور إن شاء أن يفعل أو لا يفعله فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختاريني أو اختارى نفسك أنه ظاهر بعرف الشرع في معنى البيونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه إنما كان البيونة وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التملك أنه لم يرد به طلاقا إذا زعم ذلك لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها ، وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية . فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل في التخيير ، وإنما اتفقوا على

أن له مناكرتها في العدد : أعني في لفظ التملك ، لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة . فضلا عن ظاهره ، وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتمليكها إياها طلاقاً واحدة أنها تكون رجعية ، لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة ، وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة ، لأنه إذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التملك ثلاثاً وأنه ليس للزوج مناكرتها في ذلك ، فلأن معنى التملك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التملك طلاقاً واحدة فقط أو التخيير ، فلأنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لأن العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقولهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة ، وجهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم . وروى عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها فواحدة ، وإذا اختارت نفسها ثلاثاً ، فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع : أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثاني أنه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتملك فيما تملك به المرأة ، أعني أن تملك بالتخيير البيونة ، وبالتملك ما دون البيونة ، وإذا قلنا بالبيونة فقليل تملك واحدة ، وقليل تملك الثلاث ؛ وإذا قلنا إنها تملك واحدة فقليل رجعية ، وقليل بائنة . وأما حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتملك وهي ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة ، وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق .

(الحملة الثانية) وفي هذه الحملة ثلاثة أبواب : الباب الأول : في ألفاظ الطلاق وشروطه . الباب الثاني : في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز . الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .

الباب الأول في ألفاظ الطلاق وشروطه

وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الأول : في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة .
الفصل الثاني : في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

الفصل الأول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية ولفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح ، أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ؛ فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط . واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكناية . واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ، ونحن إنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحملة ، وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهي المذكورة في القرآن ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لا يقع طلاق إلا بهذه الثلاث . فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه . وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالاته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعني أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق ، أو هي باقية على دلالاتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى : أعني في معنى الطلاق كانت مجازا إذ هذا هو معنى الكناية : أعني اللفظ الذي يكون مجازا في دلالاته ، وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة ، لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهي عبادة ، ومن شرطها اللفظ ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان

مشهورتان : إحداهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها . والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالكا والشافعي وأبا حنيفة قالوا : لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجته أنت طالق ، وكذلك السراح والفراق عند الشافعي ؛ واستثنت المالكية بأن قالت : إلا أن تقرن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية ؛ وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى نية ، لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ، ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع ، وذلك بما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة ، فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق ، وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إمانتين وإما ثلاثا ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعي إلا أن يقيد فيقول طلقة واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ؛ وأما أبو حنيفة فقال : لا يقع ثلاثا بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الأفراد لا كناية ولا تصريحاً . وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل ؟ فن قال بالنية أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ؛ ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال : لا يجب العدد وإن نواه ؛ وهذه المسئلة اختلفوا فيها ، وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعني اشتراط النية مع اللفظ ، أو بانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية ؛ وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية ، فن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « رُفِعَ عَنِ الْأَعْيَنِ الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا خَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسُهُمْ » والنية دون قول حديث نفس قال : وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب

هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض ؟ فقليل يقع ، وقيل لا يقع ، وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح ، فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هي كناية محتملة ؛ ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهيه في الصريح ، وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ، لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هي مثل قولهم : حبلك على غاربك ، ومثل البتة ، ومثل قولهم : أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك إلى ما نواه ، فإن كان نوى طلاقا كان طلاقا وإن كان نوى ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي ، إلا أنه إذا نوى على أصله ، واحدة أو اثنتين وقع عنده طلاق واحدة بائنة ، وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينو لم يصدق ، وذلك إذا كان عنده في مذاكرته الطلاق ؛ وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلا أربع : حبلك على غاربك ، واعتدي ، واستبرئ ، وتقنعى ، لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة . وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة ، وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شيء ، وإن نوى طلاقا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول أن يصدق بإطلاق ، وهو قول الشافعي ؛ وقول إنه لا يصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة ، وهو قول مالك ؛ وقول إنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق ، وهو قول أبي حنيفة . وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل ، وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول ؛ وإنما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقا ، لأن العرف اللغوي

والشرعى شاهد عليه ، وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالبا ، والمراد بها الطلاق ، إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك ، وإنما صار إلى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ، لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البيونة ، والبيونة لا تقع إلا خلعا عنده في المشهور أو ثلاثا ، وإذا لم تقع خلعا لأنه ليس هنالك عوض فبقي أن يكون ثلاثا ، وذلك في المدخول بها ، ويتخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعى أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أخرى أن يقبل قوله في كذايته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ، ويشبه أن تقول المالكية إن لفظ الطلاق وإن كان صريحا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعى حديث ركانة المتقدم ، وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك ، وإنما صار الشافعى إلى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعا لحديث ركانة المتقدم ، وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائنا لأنه المقصود به قطع العصمة ، ولم يجعله ثلاثا لأن الثلاث معنى زائد على البيونة عنده . فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ ؟ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البيونة فقط أو العدد ؟ فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية . ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعنى من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم : أعنى من قال لزوجه أنت على حرام ، وذلك أن مالكا قال : يحمل في المدخول بها على البت : أى الثلاث وينوى في غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة ، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال : لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا ، فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسئلة ، والقول الثانى أنه إن نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وإن نوى واحدة فهى واحدة بائنة ، وإن نوى يمينا فهو يمينا يكفرها ، وإن لم ينوبه طلاقا ولا يمينا فليس بشيء ، هى كذبة ، وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث أنه يكون أيضا ما نوى بها وإن نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا

ثلاث ، وإن لم ينو شيئاً فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قاله الأوزاعي .
والقول الرابع أن ينو فيها في الموضعين في إرادة الطلاق وفي عدده ، فما نوى
كان ما نوى ، فإن نرى واحدة كان رجعيًا ، وإن أراد تحريمها بغير طلاق
فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي . والقول الخامس أنه ينو أيضًا في الطلاق
وفي العدد ، فإن نوى واحدة كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقاً كان يمينًا وهو
مول ، فإن نوى الكذب فليس بشيء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه .
والقول السادس إنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلا أن بعض هؤلاء قال يمين
مغلظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال
ابن عباس وقد سئل عنها : لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة ، نخرجه
البخاري ومسلم ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى - يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ
مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ - الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء ،
وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى - لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ
لَكُمْ - وهو قول مسروق والأجدع وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي
وغيرهم . ومن قال فيها إنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظهار ،
وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة . وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية ؟
أو ليس يمين ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين : إما تقييد بشرط ، أو تقييد باستثناء ،
والتقييد المشروط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الأفعال
المستقبلية أو بخروج شيء مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق
به مما لا يتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس ، أو إلى الوجود أو بما
لا سبيل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق
بالمشيئة فإنه لا يخلو أن يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله
وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق إن شاء الله ، أو على جهة
الاستثناء مثل أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فإن مالكا قال : لا يؤثر

الاستثناء في الطلاق شيئاً وهو واقع ولا بد . وقال أبو حنيفة والشافعي : إذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق . وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلية أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ؛ فمن قال لا يتعلق به قال : لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ؛ ومن قال يتعلق به قال : يؤثر فيه . وأما إن علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل إلى علمها فلا خلاف في مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف في المذهب ، قيل يلزمه الطلاق ، وقيل لا يلزمه ، والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى ؛ فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال : يقع هذا الطلاق ؛ ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع لأن الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلية ، فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب : أحدها ما يمكن أن يقع أولاً يقع على السواء كدخول الدار وقدم زيد ، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً ، فهذا يقع ناجزاً عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط ؛ فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال : لا يقع إلا بوقوع الشرط ؛ ومن شبهه بالوطء الواقع في الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحاً إلى أجل قال : يقع الطلاق ؛ والثالث هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطمهر ، ففي ذلك روايتان عن مالك : إحداهما وقوع الطلاق ناجزاً ؛ والثانية وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي ، والقول بإنجاز الطلاق في هذا يضعف لأنه مشبه عنده بما يقع ولا بد ، والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فإن كان لاسيبل إلى علمه مثل أن يقول : إن كان خلق الله اليوم في بحر القلزم جوتا بصفة كذا فأنت طالق ، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الطلاق يقع في ١ ، وأما إن علقه بشيء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول : إن ولدت أنثى فأنت طالق

فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود . وأما إن حلف بالطلاق أنها تلد أنثى ، فإن الطلاق في الحين يقع عنده وإن ولدت أنثى ، وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك إنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلا من الأفعال أنه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل ؛ وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ضرب له أجل الإيلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت ، ومن هذا الباب اختلافهم في تبويض المطلقة ، أو تبويض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق ، فأما مسألة تبويض المطلقة ، فإن مالكا قال : إذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه ؛ وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج ، وكذلك تطلق عنده إذا طلق الجزء منها ، مثل الثلث أو الربع ؛ وقال داود : لا تطلق ؛ وكذلك إذا قال عند مالك : طلقتك نصف تطليقة طلقت ، لأن هذا كله عنده لا يقبض ؛ وعند الخالف إذا تبعض لم يقع ، وأما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طاق أنت طالق نسقا ، فإنه يكون ثلاثا عند مالك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يقع واحدة ؛ فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد ، أعنى بقوله طلقتك ثلاثا قال : يقع الطلاق ثلاثا ؛ ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بات منه قال : لا يقع عليها الثاني والثالث ، ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيّد بالاستثناء فإنما يتصور في العدد فقط ، فإذا طلق أعتادا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أجوال : إما أن يستثنى ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، أو اثنتين إلا اثنتين ؛ وإما أن يستثنى ما هو أقل . وإذا استثنى ما هو أقل ، فلما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر ، وإما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل ، فإذا استثنى الأقل من الأكثر فلا خلاف أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى : مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة . وأما إن

استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : أحدهما أن الاستثناء لا يصح ، وهو مبنى على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل . والآخر أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، فإن مالكا قال : يقع الطلاق لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما إذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه ، كما لو قال أنت طالق لا طالق معا ، فإن وقوع الشيء مع ضده مستحيل . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع ، لأن الطلاق لا يقع في وقت وقوعه إلا بإيقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وإنما ألزم نفسه إيقاعه فيه ، فإن قلنا بال لزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع ، هذا قياس قوله عندى وحجته ، وإن كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجة في ذلك .

الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره ، واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إن صح ، واختلفوا هل ترثه إن مات أم لا ؟ فأما طلاق المكره فإنه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي ابن أبي طالب وابن عباس ، وفرق أصحاب الشافعي بين أن ينوى الطلاق أو لا ينوى شيئا ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان أصحهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان أصحهما أنه لا يلزم ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو واقع ، وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق . وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الإكراه مختار أم ليس بمختار ؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار في إيقاع الشيء أصلا ، وكل واحد من الفريقين يحتاج بقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ

باختياره أنه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى - إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ - وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ - وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ، لأن الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله . وأما طلاق الصبي ، فإن المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ ؛ وقال في مختصر ما ليس في المختصر : أنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد بن حنبل إذا هو أطاق صيام رمضان ؛ وقال عطاء : إذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه ، وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه ؛ وقال قوم : لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة . والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فن قال هو والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقدا للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال : لا يقع ؛ ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه . واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه ، فقال مالك : يلزمه الطلاق والعقود والقود من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء ؛ وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فوضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عقد ولا نكاح ولا بيع ولا أحد في قذف ، وكل ما جنته جوارحه فلازم له ، فيجد في الشرب والقتل والزنى والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصنحية . وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ليس نصا في إلزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه مآ ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعني أن طلاقه ليس يلزم ؛ وعن الشافعي القولان في ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور ، واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع . وأما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه ، فإن مالكا وجماعة يقول : ترثه زوجته ، والشافعي وجماعة لا يورثها . والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت لها الميراث مادامت في العدة ، ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ؛ وقال قوم : لها الميراث ما لم تزوج ،

ومن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى؛ وقال قوم : بل ترث كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تزوج ، وهو مذهب مالك والليث . وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع ؛ وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ؛ فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ؛ ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا ، وذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه ، لأنهم قالوا : إنه لا يرثها إن ماتت وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ، ولا بد لخصومهم من أحد الجوابين ، لأنه يعسر أن يقال إن في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ؛ وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح ، لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ، ولكن إنما أنس القائلون به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ، ولا معنى لقولهم فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور . وأما من رأى أنها ترث في العدة ، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط في توريثها ما لم تزوج فإنه لحظ في ذلك إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين . ولكون التهمة هي العلة عند الدين أوجبوا الميراث . واختلفوا إذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لا ترث أصلا ؛ وفرق الأوزاعي بين التملك والطلاق فقال : ليس لها الميراث في التملك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال : إن ماتت لا يرثها وترثه هي إن مات ، وهذا مخالف للأصول جدا .

الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقضي عددهن في الطلاق الرجعي ،

وأنه لا يقع على الأجنبية : أعني الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبية بشرط التزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهى طالق ، فإن للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب : قول إن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلاً عم المطلق أو خص ، وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجماعة ؛ وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص ، وهو قول أبى حنيفة وجماعة وقول إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه ، وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ؛ أعنى مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق ، وكذلك فى وقت كذا ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن . بسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فن قال هو من شرطه قال : لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ؛ ومن قال ليس من شرطه إلا وجود الملك فقط قال : يقع بالأجنبية . وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلاً إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عننا به وحرجا ، وكأنه من باب نذر المعصية ؛ وأما إذا خصص فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ؛ واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق إلا من بعد نكاح » وفى رواية أخرى « لا طلاق فيما لا يملك ولا عيش فيما لا يملك » وثبت ذلك عن على وهماذ وجابر ابن عبد الله وابن عباس وعائشة ؛ وروى مثل قول أبى حنيفة عن عمر وابن مسعود ، وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

(الجملة الثالثة : فى الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين : بائن ، ورجعى ، وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعى وجب أن يكون فى هذا الجنس بابان : الباب الأول : فى أحكام الرجعة فى الطلاق الرجعى . الباب الثانى : فى أحكام الارتجاع فى الطلاق البائن .

الباب الأول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى - وَبَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ - وأن من شرط هذا المطلق تقديم المسيس له ، وانفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد . واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط ؟ وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الإشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب ، وذهب الشافعي إلى أنه واجب . وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى - وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ - يقتضي الوجوب ، وتشبيهه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد ، فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة ، فإن قوما قالوا : لا تكون الرجعة إلا بالقول فقط ، وبه قال الشافعي ؛ وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فقال قوم : لا تصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة ، لأن الفعل عنده ينزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ؛ وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ؛ فأما الشافعي فقامس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالإشهاد ، ولا يكون الإشهاد إلا على القول . وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محالة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارث بينهما ؛ وعند مالك أن وطء الرجعية حرام حتى يرتجعا ، فلا بد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة . واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطالع عليه من المطلقة الرجعية ما دامت في العدة ، فقال مالك : لا يخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها ولا ينظر إلى شعرها ، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معها غيرهما . وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ؛ وقال أبو حنيفة : لا بأس أن تزين الرجعية لزوجها وتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل ، وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي ، وكلهم قالوا : لا يدخل عليها إلا أن

تعلم بدخوله بقول أو حركة من تمنح أو خفق نعل . واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طليقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتزوج إذا انقضت عدتها ، فذهب مالك إلى أنها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل ، هذا قوله في الموطأ ، وبه قال الأوزاعي والليث . وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا : ولم يرجع عنه لأنه أثبتته في موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ ، وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروي عن علي وهو الأبين ، وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في هذه المسئلة : إن الزوج الذي ارتجعها مخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقتها ، وحجة مالك في الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجها غيره أنه ليس له من أمرها شيء ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل إن هذا الحديث إنما يروى عن ابن شهاب فقط ، وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تزوج ، وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً ، فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر إن شاء الله ، ويشهد لهذا ما أخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيمتا امرأة تزوجتها اثنتان فتهي للأول ميسهما ، ومن باع بئسعا من رجلتين فهو للأول ميسهما » .

الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

والطلاق البائن ، إما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف ، وفي المختلة باختلاف ، وهل يقع أيضاً دون عوض ؟ فيه خلاف ،

وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعني في اشتراط الصداق والولي والرضا ، إلا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ؛ وشذ قوم فقالوا : المختلعة لا تزوجها زوجها في العدة ولا غيره ، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة . وأما البائنة بالثلاث ، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تميمه بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنهكت عبد الرحمن بن الزبير ، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسه ففارقها ، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال : لا تحل لك حتى تذوق العُسَيْلَةَ » . وشذ سعيد بن المسيب فقال : إنه جائز أن ترجع إلى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، إلا الحسن البصري فقال : لا تحل إلا بوطء بإنزال . وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويخصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم : لا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذميمة عندهما وطء زوج ذمي لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغاً ، وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فقالوا : يحل الوطء وإن وقع في عقد فاسد أو وقت غير مباح . وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ، ويحل وطء الذمي الذميمة للمسلم ، وكذلك المجنون عندهم ، والخصي الذي يبقى له ما يغيبه في فرج ، والخلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله ؟ واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل : أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول ؛ فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط فاسد لا تحل به ، ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل ، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ، ولا تؤثر النية في ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج المطلق ثلاثا ؛ وقال بعضهم : النكاح جائز والشرط باطل : أي ليس

يحللها ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وروى عن الثوري ؛ واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم « لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحْلَلَّ لَهُ » فلعله إياه كلعه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهي ، والنهي يدل على فساد المنهي عنه ، واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه . وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - وهذا ناكح ، وقالوا : وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن علمه شرط في صحة النكاح ، كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الإذن من مالكيها في ذلك ، قالوا : وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فأجرى أن لا يدل على بطلان التحليل ، وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها . واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة يهدم ، وقال مالك والشافعي لا يهدم : أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا ؟ فن رأى أن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال : لا يهدم ما دون الثالثة عنده ؛ ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أجرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم ما دون الثلاث ، والله أعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان : الأول : في العدة . الثاني : في المتعة

الباب الأول في العدة

والنظر في هذا الباب في فصلين : الفصل الأول : في عدة الزوجات : الفصل الثاني : في عدة ملك اليمين .

الفصل الأول في عدة الزوجات

والنظر في عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين : أحدهما في معرفة العدة : والثاني : في معرفة أحكام العدة :

(النوع الأول) وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة ، وكل واحدة من هاتين إذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى - فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا - . وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات ، وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتهن في الحيض ، وإما مرتفعات الحيض ، وإما مستحاضات . والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما مراتبات بالحمل : أى بحس في البطن ، وإما غير مراتبات . وغير المراتبات إما معروفة سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفة . فأما ذوات الحيض الأحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعلمتهن ثلاثة قروء ، والحوامل منهن علمتهن وضع حملهن ، واليائسات منهن علمتهن ثلاثة أشهر ، ولا خلاف في هذا لأنه منصوص عليه في قوله تعالى - وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ - الآية ، وفي قوله تعالى - وَاللَّائِي يَتَخِسُّنَ مِنْ الْاِحْيَايِصِ - مِّنْ نِّسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ - الآية . واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ فقال قوم : هي الأطهار : أعنى الأزمنة التي بين الدمين : وقال قوم : هي الدم نفسه ، ومن قال إن الأقراء هي الأطهار . أما من فقهاء الأمصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ؛ ومن قال إن الأقراء هي الحيض أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري . وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون : الأقراء هي الحيض . وحكى أيضا عن الشعبي أنه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلعت الرواية عنه ، فروى عنه أنه كان يقول : إنها الأطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلى هو أنها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار رأى أنها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى

أنها الحيض لم تحمل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة . وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء ، فإنه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل على أن لسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذى يراه ، فالذين قالوا إنها الأطهار قالوا : إن هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر ، وذلك أن القرء الذى هو الحيض يجمع على أقراء لاعلى قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنبارى ، وأيضا فانهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء الذى يرا دبه الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء ، لأن الهاء لا تثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وقالوا أيضا : إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء فى الحوض : أى جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فلانهم قالوا : إن قوله تعالى - ثلاثة قروء - ظاهر فى تمام كل قرء منها ، لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه إلا تجوزا ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هى الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقروء وبعض قروء ، لأنها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وإن مضى أكثره وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوزا ، واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها ، وذلك لا يتفق إلا بأن تكون الأقراء هى الحيض لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت فى حيضة أنها لا تعتد بها ، ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذى رضيه الخذاق أن الآية مجملة فى ذلك ، وأن الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى ؛ فن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هى الأطهار حديث ابن عمر المتقدم ، وقوله صلى الله عليه وسلم « مَرَّةٌ فَلَتُسِيرَاجِعُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرُ ثُمَّ تَحِيضُ ثُمَّ تَطْهَرُ ، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا إِنْ شَاءَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَهَا ، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلِّقَ لَهَا النِّسَاءُ » قالوا : وإجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون إلا فى طهر لم تمس فيه ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » دليل واضح على أن العدة هى الأطهار لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة . ويمكن أن يتأول قوله - فتلك العدة - أى فتلك مدة استقبال العدة اثلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض .

وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون الأقراء هي الحيض واحتج من قال الأقراء هي الأطهار بأن المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام : أعنى المشرط هي الأطهار التي بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ، ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وخجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون أن العدة هي الأطهار أنها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا إنها الحيض ، فقليل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعي ؛ وقيل حين تغسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثوري وإسحاق ابن عبيد ؛ وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها ؛ وقيل إن للزوج عليها الرجعة وإن فرغت في الغسل عشرين سنة ، حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة ، وهو أيضا شاذ ، فهذه هي حال الحائض التي تحيض . وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فلما تنظر عند مالك تسعة أشهر فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجها عليها الرجعة بما لم تحل . واختلف عن مالك متى تعتد بالتسعة أشهر ؟ فقليل من يوم طلقت ، وهو قوله في الموطأ ؛ وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تيأس منها في المستأنف : إنها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل في السن الذي تيأس فيه من الحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر

وتحيض قبل ذلك ؛ وقول مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس ،
وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد ؛ وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن
المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل أنه قد تحيض
الحامل ، وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي
قاطعة على ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة ، فإن حاضت قبل تمام السنة
حكم لها بحكم ذوات الحيض ، واحتسبت بذلك القرء ، ثم تنتظر القرء الثاني
أو السنة إلى أن تمضي لها ثلاثة أقراء ؛ وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله
تعالى - واللاتي يئسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر -
والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأي فيه عسر وخرج ؛ ولو
قيل إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا إذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع
حيضها ، وكان قوله - إن ارتبتم - راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض على ما تأوله
مالك عليه ، فكأن ما لك لم يطابق مذهب تأويله الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا
من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا من قبل السن ،
ولذلك جعل قوله - إن ارتبتم - راجعا إلى الحكم لا إلى الحيض : أي إن شككتم
في حكمهن ، ثم قال في التي تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض
لأنها تعتد بالأشهر ؛ وأما إسماعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا إلى أن الريبة
هنا في الحيض ، وأن اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه
بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ، ونعم ما فعلوا
لأنه إن فهم هنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون
في هذا السن : أعني سن اليائس وإن من فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد
يجب أن تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالأشهر ، وهو
قياس قول أهل الظاهر ، لأن اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة
لا بالأقراء ولا بالشهور . وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها
فاستجسان . وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض ،
فإن المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال ؛ وقد قيل إن
المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك
سنة إذا لم تميز بين الدمين ، فإن ميزت بين الدمين فعنه روايتان : إحداهما

أن عدتها السنة . والأخرى أنها تعمل على التمييز فتعتمد بالأقراء ؛ وقال أبو حنيفة عدتها الأقراء إن تميزت لها وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر ؛ وقال الشافعي : عدتها بالتمييز إذا انفصل عنها الدم ، فيكون الأحمر القاني من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطهر ، فلأن طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها في صحتها وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التي لا تحيض وهي من أهل الحيض ؛ والشافعي إنما ذهب في العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة « اتركي الصلاة أيام أقرائك فإذا ذهب عنك قدرها فاغسلي الدم » وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش « إذا كان دم الحيض فإنه دم أسود يعرف ، فإذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة ، فإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فلانما هو عرق » خرجه أبو داود ، وإنما ذهب من ذهب إلى عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم ، لأنه معلوم في الأغلب أنها في كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض ونخاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة : أعني التي تجد حسا في بطنها تظن به أنه حمل فلانها تمكث أكثر مدة الحمل ، وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين ، وقيل خمس سنين ؛ وقال أهل الظاهر : تسعة أشهر ، ولا خلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن : أعني المطلقات لقوله تعالى - وأولات الأحمال أجلسهن أن يضعن حملهن - . وأما الزوجات غير الحرائر فلمن ينقسمن أيضا بتلك الأقسام بعينها ، أعني حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فأما الحيض اللاتي يأتين حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ؛ وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حيض كالحررة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة . واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه ، وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد ، أعني كونه متنصفا مع الرق ، وإنما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبع بعض . وأما الأمة المطلقة اليائسة من الحيض أو الصغيرة فإن مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ؛ وقال

الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف
عدة الحرة ، وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكاً اضطرب
قوله ، مرة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ، ومرة أخذ بالقياس وذلك
في ذوات الحيض ، والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير
سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك ، وكذلك المستحاضة
وانفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لأعدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته
في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقتها قبل أن يمسه هل تستأنف عدة أم لا ؟
فقال جمهور فقهاء الأمصار : تستأنف ؛ وقالت فرقة : تبقى في عدتها من طلاقها
الأول وهو أحد قولي الشافعي ؛ وقال داود : ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة
مستأنفة . وبالحملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن ميسر ،
ما خلا رجعة المولى : وقال الشافعي ؛ إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت
على عدتها الأولى ، وقول الشافعي أظهر ؛ وكذلك عند مالك رجعة المعسر
بالنفقة تقف صحتها عنده على الإنفاق ؛ فإن أنفق صحّت الرجعة وهدمت العدة
إن كان طلاقاً ، وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانياً
في العدة فعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما تداخل العدتين . والأخرى نفيه :
فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم ، لأن ذلك حاصل مع التداخل . ووجه
الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذي له حرمة ،
وإذا عتقت الأمة في عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ، ولم تنتقل
إلى عدة الحرة ؛ وقال أبو حنيفة : تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن ؛ وقال
الشافعي : تنتقل في الوجهين معاً . وسبب الخلاف هل العدة من أحكام
الزوجية أم من أحكام انفصالها ؟ فن قال من أحكام الزوجية قال : لا تنتقل
عليها ؛ ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعتقت
وهي زوجة ثم طلقت ؛ وأما من فرق بين البائن والرجعي فبين ، وذلك أن
الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا مات
وهي في عدة من طلاق رجعي ، وأنها تنتقل إلى عدة الموت ، فهذا هو القسم
الأول من قسمي النظر في العدة .

(القسم الثاني) وأما النظر في أحكام العدد ، فإنهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات - **أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكننكم من وجدكم - الآية ، وقوله تعالى - **وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن أحملهن** - . واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقة إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال : أحدها أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة ، وهو قول أحمد وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة . والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعي وجماعة . وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت « **طلقني زوجي ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة** » خرجه مسلم ، وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « **إنما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليهما الرجعة** » وهذا القول مروى عن علي وابن عباس وجابر ابن عبد الله : وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فإنهم احتجوا بما رواه مالك في موطئه من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه « **فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم** » **ليس لك عليهن نفقة** » وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقى على عمومته في قوله تعالى - **أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكننكم من وجدكم - وعلموا أمره عليه الصلاة والسلام بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء . وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى - **أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكننكم من وجدكم - وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية . وبالحملة فحيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة ، وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا : **لاندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة ، يريد قوله تعالى - أَسْكِنُوهُنَّ** من حيث سكننكم من وجدكم - الآية . ولأن المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام أنه أوجب

النفقة حيث تجب السكنى ، فلذلك الأولى في هذه المسئلة إما أن يقال إن لها الأمرين جميعا مصيرا إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى ففسير ، ووجه عسره ضعف دليله . وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء : في طلاق ، أو موت ، أو اختار الأمة نفسها إذا اعتقت . واختلفوا فيها في الفسوخ ، والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشرا لقوله تعالى - يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا - . واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الأمة إذا لم تأت حيضها في الأربعة الأشهر وعشر ماذا حكمها ؟ فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة ، فإن لم تحض فهي عنده مستربة فتمكث مدة الحمل ؛ وقيل عنه إنها قد لا تحيض وقد لا تكون مستربة ، وذلك إذا كانت عادت في الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعنى من تكون عادت أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وجدت ، ففيل تنتظر حتى تحيض ؛ وروى عنه ابن القاسم تزوج إذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل ، وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبي حنيفة والشافعي والثوري .

(وأما المسئلة الثانية) وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور . وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيرا إلى عموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وإن كانت الآية في الطلاق وأخذنا أيضا بحديث أم سلمة أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لها : قَدْ حَمَلْتُ فَأَنْكِحِي مَنْ شِئْتِ » وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يزيد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، إما الحمل ، وإما انقضاء العدة عدة الموت ، وروى مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الأمة المتوفى عنها من

تحمّل له ، فإنها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير أم ولد ،
 فأما الزوجة فقال الجمهور : إن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة ؛
 وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرا
 إلى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة :
 عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وإن كانت ممن لا تحيض
 اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري :
 عدتها ثلاث حيض ، وهو قول علي وابن مسعود ؛ وقال قوم : عدتها نصف
 عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ؛ وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر
 وعشر ؛ وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد
 ثلاث حيض ، فلم يبق إلا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحيضة تشبها بالأمة
 يموت عنها سيدها ، وذلك ما لا خلاف فيه ؛ وحجة أبي حنيفة أن العدة إنما
 وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ؛ ولا بأمة فتعتد
 عدة أمة ، فوجب أن تستبرأ رحمها بعدة الأحرار . وأما الذين أوجبوا لها عدة
 الوفاة فاحتجوا بالحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة
 نبينا ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ، وضعف أحمد
 هذا الحديث ولم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبها
 بالزوجة الأمة . فسبب الخلاف أنها مسكوت عنها ، وهي مترددة الشبه بين
 الأمة والحرة . وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من
 شبهها بعدة الحرة المطلقة ، وهو مذهب أبي حنيفة .

الباب الثاني في المتعة

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطاوعة ؛ وقال قوم من أهل
 الظاهر : هي واجبة في كل مطلقة ؛ وقال قوم : هي مننوب إليها وليست
 واجبة وبه قال مالك . والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك ؛
 فقال أبو حنيفة : هي واجبة على من طلق قبل الدخول ، ولم يفرض لها صداقا
 مسمى ؛ وقال الشافعي . هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا
 التي سمي لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج أبو حنيفة

بقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا تكهنتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمتسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، فتتوهن وتسرحوهن سراحيلا - فاشترط المتعة مع عدم المسيس ، وقال تعالى - وإن طلقتموهن من قبل أن تمتسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم - فعلم أنه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا يجب لها المتعة ، وهذا لعمرى نحيل ، لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى - ومتتوهن على الموسع قدره وعلى المسكين قدره - على العموم في كل مطلقة إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول ، وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم ، والجمهور على أن المختلعة لامتعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق ، وأهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطي . وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندي لقوله تعالى في آخر الآية - جعاً على المحسنين - أى على المتفضلين المجملين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب . واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها إحداد ؟ فقال مالك : ليس عليها إحداد .

باب في بعث الحكمين

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر : أعني الحق من المبطل لقوله تعالى - وإن خيفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها - الآية ، وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، إلا أن لا يوجد في أحدهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما ، وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ، وأجمعوا على أن

قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق . وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين : إليهما التفريق بين الزوجين . والجمع . وحجة الشافعي وأبي حنيفة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا إن طلقاها ثلاثا . والأصل أن الطلاق بيد الرجل إلا أن يقوم دليل على غير ذلك . وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث علي هذا أنه قال للحكمين : هل تدريان ما عليكما ؟ إن رأيتهما أن تجمعما جمعتهما ، وإن رأيتهما أن تفرقا فرقتهما ، فقالت المرأة رضييت بكتاب الله وبما فيه لي وعلى ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال علي : لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة ، قال : فاعتبر في ذلك إذنه . ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الإيلاء

والأصل في هذا الباب قوله تعالى - لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ - والإيلاء : هو أن يحلف الرجل أن لا يبطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو بإطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع : فمنها^١ هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى ، أم إنما تطلق بأن يوقف بعد الأربعة الأشهر ؟ فإذا فاء وإما طلق ، . ومنها هل الإيلاء يكون مكمل^٢ يمين ، أم بالإيمان المباحة^٣ في الشروع فقط ؟ . ومنها إن أمسك عن الوطء

بغير يمين هل يكون موليا أم لا ؟ . ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمده من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ؟ . ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعى ؟ . ومنها إن أبى الطلاق والنوى هل يطلق القاضى عليه أم لا ؟ . ومنها هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث فى الزواج الثانى ؟ . ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها فى العدة أم لا ؟ . ومنها هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟ . ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عتدة أم لا ؟ . فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الإيلاء بين فقهاء الأمصار التى تنزل من هذا الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافتهم فى مسألة مسألة منها ، وعلون أدلتهم وأسباب خلافتهم على ما قصدنا .

(المسئلة الأولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفس أم لا تطلق وإنما الحكم أن يوقف فيما فاء وإما طلق ؟ فإن مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فيما فاء وإما طلق ، وهو قول على وابن عمر ، وإن كان قد روى عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالحملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن ينفى فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين . وسبب الخلاف هل قوله تعالى - فإن فاء وإلا فإن الله غفور رحيم - أى فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى - وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم - أن لا ينفى حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيتنة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله - وإن عزموا الطلاق - أى باللفظ - فإن الله سميع عليم - . وللمالكية فى الآية أربعة أدلة : أحدها أنه جعل مدة التريص حقا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل فى الديون المؤجلة . الدليل الثانى أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله . وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوزا : أعنى ليس ينسب إليه على مذهب الحنفية إلا مجوزا ، وليس يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل الدليل الثالث قوله تعالى - وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم - قالوا : فهذا يقتضى وقوع الطلاق على

وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة . الرابع أن الفاء في قوله تعالى - فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم - ظاهرة في معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفينة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق . وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم ، وبالحملة فشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعي ، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوس ، وقد روى ذلك عن ابن عباس .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الإيلاء ، فإن مالكا قال : يقع الإيلاء بكل يمين ، وقال الشافعي : لا يقع إلا بالآيمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته . فالك اعتمد العموم : أعني عموم قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - والشافعي يشبه الإيلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعي ، فوجب أن تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الإيلاء هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة .

(المسئلة الثالثة) وأما لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين ، فإن الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الإيلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء ، وإن لم يحلف على ذلك ؛ فالجمهور اعتمدوا الظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ، لأن الحكم إنما يلزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ، لأن الضرر يوجد في الحالتين جميعا .

(المسئلة الرابعة) وأما اختلافهم في مدة الإيلاء ، فإن مالكا ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذ كان النية عندهم إنما هو بعد الأربعة الأشهر ؛ وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هي الأربعة الأشهر فقط إذ كان النية عنده إنما هو فيها ؛ وذهب الحسن وابن أبي ليلى إلى أنه إذا حلف وقتا مآ وإن كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين . وروى عن ابن عباس أن المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد . والسبب في اختلافهم في المدة إطلاق الآية ، فاختلافهم في وقت النية ، وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو بمجملة ، وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى

منها ونوع الطلاق على ما سيأتى بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم .
هو سبب السكوت عنها ، وهذه هي أركان الإيلاء : أعنى معرفة نوع اليمين
ووقت النية والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

(المسئلة الخامسة) فأما الطلاق الذى يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعى أنه
رجعى ، لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعى إلى
أن يدل الدليل على أنه بائن ؛ وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه
إن كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة . فسبب
الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف فى الطلاق ،
فن غلب الأصل قال : رجعى ، ومن غلب المصلحة قال : بائن .

(المسئلة السادسة) وأما هل يطلق القاضى إذا أبى النية أو الطلاق أو يحبس
حتى يطلق ، فإن مالكا قال : يطلق القاضى عليه ؛ وقال أهل الظاهر :
يحبس حتى يطلقها بنفسه . وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف فى الطلاق
للمصلحة ؛ فن راعى الأصل المعروف فى الطلاق قال : لا يقع طلاق إلا من
الزوج ؛ ومن راعى الضرر الداخلى من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان
وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول
عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسئلة السابعة) وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها ؟ فإن مالكا
يقول : إذا راجعها فلم يبطأها تكرر الإيلاء عليه ، وهذا عنده فى الطلاق الرجعى
والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يقطع الإيلاء وهو أحد قولى الشافعى ،
وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على أن الإيلاء لا يتكرر ؛
بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين . والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر
شرط الإيلاء ، وذلك أنه لا إيلاء فى الشرع إلا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح
بنفسه لا فى نكاح آخر ، ولكن إن راعينا هذا وجد الضرر المقصود إزالته
بحكم الإيلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد
معنى الإيلاء .

(المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟
فلان الجمهور على أن العدة تلزمها ؛ وقال جابر بن زيد : لا تلزمها عدة إذا

كانت قد حاضرت في مدة الأربعة أشهر ثلاث حيض ، وقال بقوله طائفة : وهو مروي عن ابن عباس . وحجته أن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات . ونسب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة ؛ فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد ، فإن مالكا قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر ، قياسا على حدوده وطلاقه ؛ وقال الشافعي وأهل الظاهر : إيلأؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر متمسكا بالعموم ؛ والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والإيلاء يمين ، وقياسا أيضا على مدة العنين ؛ وقال أبو حنيفة : النقص الداخِل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة ، فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر وإن كان الزوج عبدا ، وإن كانت أمة فعلى النصف ؛ وقياس الإيلاء على الحد غير جيد ، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحر ، لأن الفاحشة منه أقل قبحا ، ومن الحر أعظم قبحا ، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة ، فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنبى للضرر عن الزوجة ، والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقبل به أحد ، فالواجب التسوية . والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء ، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال أبو حنيفة : ينتقل ؛ فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار ؛ وقال ابن القاسم : الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا إيلاء عليها ، فإن وقع وتمادى حسبت الأربعة أشهر من يوم بلغت ، وإنما قال ذلك لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع ؛ وقال أيضا : لا إيلاء على نخصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى أن يوطأ في العدة أم لا ؟ فإن الجمهور ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها ؛ وأما مالك فإنه قال : إذا لم يوطأ منها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى

على حلتها ، ولا سبيل له إليها إذا انقضت العدة . وجبة الجمهور أنه لا يخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إليها في العدة أو لا يعود ، فإن عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة ؛ أعنى تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة ، وإن لم يعد إيلاء لم يعتبر أصلاً إلا على مذهب من يرى أن الإيلاء يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلا بد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة ؛ وأما مالك فإنه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارتجع ، فإن رجعته تعتبر صحتها بيساره . فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجديد الإيلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبنى على الأصل .

كتاب الظهار

والأصل في الظهار الكتاب والسنة . فأما الكتاب فقوله تعالى - وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيزُ رَقَبَةٍ - الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر مني زوجي أويس ابن الصامت ، فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ، ورسول الله يجادلني فيه ويقول : اتقى الله فإنه ابن عمك ، فخرجت حتى أنزل الله - قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ كَمَا تَخَاوَرَكُمَا - الآيات ، فقال : لِيَعْتِقْ رَقَبَةً ، قالت : لا يجد ، قال : فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، قالت : يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : فَلْيُطْعِمْ سِتِينَ مِسْكِينًا ، قالت : ما عنده من شيء يتصدق به ، قال : فَإِنِ سَأَعَيْنَهُ بِعَرَقٍ مِّن تَمْرٍ ، قالت : وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : لَقَدْ أَحْسَنْتِ إِذْ هَبِّي فَنَاطَعِمِي عَنْهُ سِتِينَ مِسْكِينًا » أخرجه أبو داود . وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم .

والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول : منها في ألفاظ الظهار .

ومنها في شروط وجوب الكفارة فيه : ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيها يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ؟ . ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ؟ . ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

الفصل الأول في ألفاظ الظهار

واتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت على كظهر أمي أنه ظهار ، واختلفوا إذا ذكر عضوا غير الظهر ، أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الأم ، فقال مالك : هو ظهار ؛ وقال جماعة من العلماء : لا يكون ظهارا إلا بلفظ الظهر والأم . وقال أبو حنيفة : يكون بكل عضو يحرم النظر إليه . وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوى فيه الأم وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الأعضاء . وأما الظاهر من الشرع ، فإنه يقتضى أن لا يسمى ظهارا إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأم . وأما إذا قال : هي على كأمي ولم يذكر الظهر ، فقال أبو حنيفة والشافعي : ينوى في ذلك لأنه قد يريد بذلك الإجلال لها وعظم منزلتها عنده ؛ وقال مالك : هو ظهار . وأما من شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد ، فإنه ظهار عند مالك ، وعند ابن الماجشون ليس بظهار ، وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم ؟ .

الفصل الثاني في شروط وجوب الكفارة فيه

وأما شروط وجوب الكفارة ، فإن الجمهور على أنها لا تجب دون العود ، وشد مجاهد وطاوس فقالا : لا تجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة - وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ، وأيضا فن طريق القياس ، فإن الظهار يشبه الكفارة في اليمين ، فكما أن الكفارة إنما تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة ، كذلك الأمر في الظهار . وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العلية فوجب أن يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر ؛ وأيضا

قالوا: إنه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة، وهو معنى قوله تعالى: م
يعودون لما قالوا - والعود عندهم هو العود في الإسلام . فأما القائلون باشتراط
العود في إيجاب الكفارة ، فإنهم اختلفوا فيه ما هو ؟ فعن مالك في ذلك ثلاث
روايات : إحداهن أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معا . والثانية
أن يعزم على وطئها فقط ، وهى الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه ، وبه
قال أبو حنيفة وأحمد . والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء ، وهى أضعف
الروايات عند أصحابه . وقال الشافعى : العود هو الإمساك نفسه، قال : ومن
مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة ، لأن
إقامته زمانا يمكن أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام إرادة الإمساك منه ،
أو هو دليل ذلك . وقال داود وأهل الظاهر : العود هو أن يكرر لفظ الظهار
ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه ، فدليل الرواية المشهورة
لمالك ينبى على أصليين : أحدهما أن المفهوم من الظهار هو أن الوجوب الكفارة
فيه إنما يكون بإرادته العود إلى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء ، وإذا
كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هى إما الوطء نفسه ، وإما العزم
عليه وإرادته . والأصل الثانى ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو وطء لقوله
تعالى فى الآية - فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسَّ - ولذلك كان الوطء
محراما حتى يكفر . قالوا : ولو كان العود نفسه هو الإمساك لكان الظهار نفسه
يحرم الإمساك فكان الظهار يكون طلاقا . وبالجمله فالمعول عليه عندهم فى هذه
المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم ، وذلك أن معنى
العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الإمساك
نفسه أو إرادة الوطء ، ولا يكون تكرار اللفظ ، لأن ذلك تأكيد والتأكيد
لا يوجب الكفارة ولا يكون إرادة الإمساك للوطء ، فإن الإمساك موجود
بعد ، فقد بقى أن يكون إرادة الوطء ، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد
أراد الوطء ، فثبت أن العود هو الوطء . ومعتمد الشافعية فى إجرائهم إرادة
الإمساك ، أو الإمساك مجرى إرادة الوطء أن الإمساك يلزم عنه الوطء فجعلوا
لازم الشيء مشبها بالشيء ، وجعلوا حكمهما واحدا ، وهو قريب من الرواية
التي ذكرنا ، مما استدلت الشافعية على أن إرادة الإمساك هو السبب فى وجوب

الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الإمساك ، وذلك إذا طلق أثر الظهار .
ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية ، فجعل العود هو لإرادة الأمرين جميعا :
أعني الوطء والإمساك ؛ وإما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص ،
والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين : أى كما أن كفارة اليمين إنما نجب بالحنث
كذلك الأمر ههنا ، وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فإنه تعلق
بظاهر اللفظ في قوله تعالى - ثم يعودون لما قالوا - وذلك يقتضى الرجوع إلى
القول نفسه . وعند أبي حنيفة أنه العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم
في الجاهلية : وعند مالك والشافعى أن المعنى في الآية : ثم يعودون فيما قالوا .
وسبب الخلاف بالجملة إنما هو مخالفة الظاهر للمفهوم ؛ فمن اعتمد المفهوم
جعل العودة لإرادة الوطء أو الإمساك ، وتأول معنى اللام في قوله تعالى - ثم
يعودون لما قالوا - بمعنى الفاء ؛ وأما من اعتمد الظاهر فإنه جعل العودة تكرير
اللفظ ، وأن العودة الثانية إنما هي ثانية للأولى التى كانت منهم في الجاهلية .
ومن تأول أحد هذين ، فالأشبه له أن يعتقد أن بنفس الظهار تجب الكفارة
كما اعتقد ذلك مجاهد ، إلا أن يقدّر في الآية محذوفا وهو إرادة الإمساك ، فهنا
إذا ثلاثة مذاهب : إما أن تكون العودة هي تكرار اللفظ ، وإما أن تكون
إرادة الإمساك ، وإما أن تكون العودة التي هي في الإسلام ، وهذان ينقسمان
قسمين : أعني الأول والثالث . أحدهما أن يقدر في الآية محذوفا ، وهو إرادة
الإمساك فيشترط هذه الإرادة في وجوب الكفارة ، وإما ألا يقدر فيها محذوفا
فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو : هل
إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا ؟
فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد إرادة العودة أو بعد
الإمساك بزمان طويل على ما يراه الشافعى . وحكى عن عثمان البتي أن عليه
الكفارة بعد الطلاق ، وأنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى
ميراثها إلا بعد الكفارة ، وهذا شذوذ مخالف للنص ، والله أعلم .

الفصل الثالث فيمن يصح فيه الظهار

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة ، واختلفوا في الظهار
من الأمة ومن التي في غير العصمة ، وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل .

فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثوري وجماعة : الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة ، وكذلك المدبرة وأم الولد ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : لا ظهار من أمة ؛ وقال الأوزاعي : إن كان يطاءً أمته فهو منها مظاهر ، وإن لم يطاءها فهي يمين وفيها كفارة يمين ؛ وقال عطاء : هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة . فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم - والإماء من النساء . وحجة من لم يجعله ظهاراً أنهم قد أجمعوا أن النساء في قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - هن ذوات الأزواج ، فكذلك اسم النساء في آية الظهار ، فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم : أعني تشبيه الظهار بالإيلاء وعموم لفظ النساء ، أعني أن عموم اللفظ يقتضي دخول الإماء في الظهار وتشبيهه بالإيلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا ؟ فذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه ، وأن من عين امرأة مآً بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها ، وكذلك إن لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي ، وذلك بخلاف الطلاق ويقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي ؛ وقال قائلون : لا يلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل ، ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود ؛ وفرق قوم فقالوا : إن أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي ، فإن قيد لزمه وهو أن يقول : إن تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة ، وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحنبل بن حي . ودليل الفريق الأول قوله تعالى - أوفوا بالعقود - ولأنه عقد على شرط الملك فأشبهه إذا ملك ، والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك » ، ولا بيع إلا فيما يملك ، ولا وفاء بئذ إلا فيما يملك » خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبهه بالطلاق ، وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين ، فإنهم رأوا أن التعميم في الظهار من باب الحرج ، وقد قال الله

تعالى - وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ - . واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل ؟ فمن العلماء في ثلاثة أقوال : أشهرها أنه لا يكون منهاظهار ، وهو قول مالك والشافعي . والثاني أن عليها كفارة يمين . والثالث أن عليها كفارة الظهار . ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ، ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيهها للظهار باليمين ؛ ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم لها في ذلك المعنى هو كفارة يمين وهو ضعيف . وسبب الخلاف تعارض الأشباه في هذا المعنى .

الفصل الرابع فيما يحرم على المظاهر

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء ، واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر اللذة ، فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه إنما كره النظر للفرج فقط ؛ وقال الشافعي : إنما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لاما عدا ذلك ، وبه قال الثوري وأحمد وجماعة . ودليل مالك قوله تعالى - من قبل أن يتماسا - وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ، ولأنه أيضا لفظ حرمت به عليه فأشبهه لفظ الطلاق ، ودليل قول الشافعي أن المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه ، وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع ، لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع ، وإما أن تدل على الجماع ، وهي الدلالة المجازية ، لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية ، إذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا . قلت : الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا : أعني الحقيقة والمجاز ، وإن كان لم تجر به عادة للعرب ، ولذلك القول به في غاية من الضعف ، ولو علم أن للشرع فيه تصرفا لمجاز ، وأيضا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء ، فوجب أن يختص عندهم بالفرج .

الفصل الخامس هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح

وأما تكرار الظهار بعد الطلاق : أعنى إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليها الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف . قال مالك : إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة ، وقال الشافعى : إن راجعها في العدة فعليه الكفارة ، وإن راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه ؛ وعنه قول آخر مثل قول مالك . وقال محمد بن الحسن : الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة ، وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ؟ . وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها ، أو لا يهدمها ؟ فمنهم من رأى أن البائن الذى هو الثلاث يهدم ، وأن ما دون الثلاث لا يهدم ؛ ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم ، وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم .

الفصل السادس فى دخول الإيلاء عليه

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارا ، وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة ؟ فإن فيه أيضا اختلافا ، فأبو حنيفة والشافعى يقولان : لا يتداخل الحكمان لأن حكم الظهار بخلاف حكم الإيلاء ، وسواء كان عندهم مضارا أو لم يكن ، وبه قال الأوزاعى وأحمد وجماعة . وقال مالك : يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا . وقال اشورى : يدخل الإيلاء على الظهار ، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ، ففيه ثلاثة أقوال : قول إنه يدخل بإطلاق ، وقول إنه لا يدخل بإطلاق ، وقول إنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها . وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر ؛ فمن اعتبر الظاهر قال : لا يتداخلان ؛ ومن اعتبر المعنى قال : يتداخلان إذا كان القصد الضرر .

الفصل السابع في أحكام كفارة الظهار

والنظر في كفارة الظهار في أشياء منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها ،
وشروط نوع منها : أعني الشروط المصححة ، ومتى تجب كفارة واحدة ؟
ومتى تجب أكثر من واحدة . فأما أنواعها فلأنهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع :
إعتاق رقبة : أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا ، وأنها على الترتيب .
فالإعتاق أولا ، فإن لم يكن فالصيام ، فإن لم يكن فالإطعام ، هذا في الحر .
واختلفوا في العبد يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم أن الذي يبدأ به
الصيام أعني إذا عجز عن الصيام ، فأجاز للعبد العتق إن أذن له سيده أبو ثور
وداود وأبي ذلك سائر العلماء . . وأما الإطعام فأجاز له مالك إن أطعم بإذن
سيده ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ، ومبني الخلاف في هذه المسئلة هل
يملك العبد أولا يملك ؟ . وأما اختلافهم في الشروط المصححة : فمنها اختلافهم
إذا وطئ في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا ؟ فقال مالك
وأبو حنيفة : يستأنف الصيام ، إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ، ولم يفرق
مالك بين العمد في ذلك والنسيان ؛ وقال الشافعي : لا يستأنف على حال ،
وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة
الظهار : أعني أن تكون قبل المسيس ؛ فمن اعتبر هذا الشرط قال : يستأنف
الصوم ؛ ومن شبهه بكفارة اليمين قال : لا يستأنف ، لأن الكفارة في اليمين
ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق . ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة
أم لا ؟ فذهب مالك والشافعي إلى أن ذلك شرط في الإجزاء ؛ وقال أبو حنيفة :
يجزى في ذلك رقبة الكافر ، ولا يجزى عندهم إعتاق الوثنية والمرتدة . دليل
الفريق الأول أنه إعتاق على وجه القرية فوجب أن تكون مسلمة أصله الإعتاق
في كفارة القتل ؛ وربما قالوا إن هذا ليس من باب القيلاس ، وإنما هو من باب
حمل المطلق على المقيد ، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وأطلقها
في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيد ، وهذا النوع من حمل المطلق
على المقيد فيه خلاف ، والحنفية لا يجيزونه ، وذلك أن الأسباب في القضيتين
مختلفة : وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ، ولا معارضة عنده بين

المطلق والمقيد ، فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه . ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ؟ ثم إن كانت سليمة فن أي العيوب تشترط سلامتها ؟ فالذي عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً في منع إجزاء العتق ؛ وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير في ذلك . وحجة الجمهور تشبيهها بالأصاحي والهدايا لكون القربة تجمعها . وحجة الفريق الثاني إطلاق اللفظ في الآية . فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه . والذين قالوا إن للعيوب تأثيراً في منع الإجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الإجزاء أو عدمه . أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنه مانع للإجزاء ، واختلفوا فيما دون ذلك ؛ فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة ؟ أجازها أبو حنيفة ، ومنعه مالك والشافعي . وأما الأعور فقال مالك : لا يجزى ، وقال عبد الملك : يجزى . وأما قطع الأذنين فقال مالك : لا يجزى ، وقال أصحاب الشافعي : يجزى . وأما الأصم فاختلف فيه في مذهب مالك ، فقليل يجزى ، وقيل لا يجزى . وأما الأخرس فلا يجزى عند مالك ، وعن الشافعي في ذلك قولان . أما المجنون فلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم : لا يعجبني الخصى ، وقال غيره : لا يجزى ، وقال الشافعي : يجزى . وإعتاق الصغير جائز في قول عامة فقهاء الأمصار ، وحكى عن بعض المتقدمين منعه . والعرج الخفيف في المذهب يجزى ، أما البين العرج فلا . والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القربة ، وليس له أصل في الشرع إلا الضحايا . وكذلك لا يجزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى - فتحرير رقبة - . والتحرير هو ابتداء الاعتاق ، وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيهاً للإعتاق ، وكذلك الشركة لأنه بعض الرقبة ليس برقبة . وقال أبو حنيفة : إن كان المكاتب أدى شيئاً من مال الكتابة لم يجز ، وإن كان لم يؤد جاز . واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره ؟ فقال مالك : لا يجزيه تشبيهها بالكتابة لأنه عقد ليس له حله ؛ وقال الشافعي : يجزيه ؛ ولا يجزى عند مالك عتاق أم ولده ولا المعتق إلى أجل مسمى . أما عتق أم الولد فلأن عقدها أكد من عقد الكتابة والتدبير ، بدليل أنها قد يطرأ عليهما الفسخ . أما في الكتابة فن العجز عن أداء النجوم . وأما في التدبير فإذا ضاق عنه الثلث . وأما العتق

إلى أجل فإنه عقد عتق لاسبيل إلى حله . واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعي : لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة : إذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ . فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها ، وذلك أن كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق ، فإذا نوى بذلك التكفير جاز ؛ والمالكية والشافعية رأيت أنه إذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد إلى إعاقته فلا يجزىه ، فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق ، وهؤلاء قالوا : لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه ، فكلاهما يسمى معتقا باختياره ، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول ، والآخر معتق بلازم الاختيار ، فكأنه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الأول ، والآخر بالعكس . واختلف مالك والشافعي فيمن أعتق نصفي عبيدين ، فقال مالك : لا يجوز ذلك ، وقال الشافعي : يجوز لأنه في معنى الواحد ، ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ ، فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة ، وأما شروط الإطعام فإنهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص ، فعن مالك في ذلك روايتان أشهرهما أن ذلك مدّ بعد هشام لكل واحد ، وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، وقد قيل هو أقل ، وقد قيل هو مد وثلاث . وأما الرواية الثانية فمد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، وبه قال الشافعي . فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع جالبا : أعني الغداء والعشاء ، ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين . ، فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها ، فهذا إذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة ، أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة ؟ فعند مالك أنه يجزى في ذلك كفارة واحدة ، وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات يعدد المظاهر منهن إن اثنتين فاثنتين ، وإن ثلاثا فثلاثا ، وإن أكثر فأكثر لا فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ؛ ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة ، وهو بالإيلاء أشبه : ومنها إذا ظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة ، أو على عدد المواضع التي ظاهر

فيها ؟ فقال مالك : ليس عليه إلا كفارة واحدة ، إلا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية ، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لكل يظهر كفارة . وأما إذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة أن ذلك راجع إلى نيته ، فإن قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة ، وإن أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار . وقال يحيى بن سعيد : تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى . والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد ، والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين ، فإن كرر اللفظ من امرأة واحدة ، فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ، أم لا يوجب ذلك فيه تعددا ؟ وكذلك إن كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة ؟ وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين دينك الطرفين ، فن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ، ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه . ومنها إذا ظهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا ؟ فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة ، والحجة لهم حديث سلمة بن صحزr البياضي « أنه ظهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا » وقال قوم : عليه كفارتان : كفارة الحزم على الوطء ، وكفارة الوطء ، لأنه وطئ وطأ محرما ، وهو مروي عن عمرو ابن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبيرة وابن شهاب ، وقد قيل : إنه لا يلزمه شيء إلا عن العود ولا عن الوطء ، لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس ، فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد ، وذلك معلوم في مسئلتنا وفيه شذوذ . وقال أبو محمد بن حزم : من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام ، وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول : بعد القول بوجوبه : الفصل الأول :
في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها . الفصل الثاني : في صفات المتلاعنين .
الثالث : في صفة اللعان . الرابع : في حكم نكول أحدهما أو رجوعه . الخامس :
في الأحكام اللازمة لتام اللعان . فأما الأصل في وجوب اللعان ، أما من الكتاب
فقوله تعالى - وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا
أَنْفُسُهُمْ - الآية . وأما من السنة فإرواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح
من حديث عويمر العجلاني « إذ جاء إلى عاصم بن عدي العجلاني رجل من
قومه فقال له : يا عاصم أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقنته فتقتلوه ؟ أم
كيف يفعل ؟ سل يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأل عاصم
عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء
عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال
لم تأتني بخير ، قلنا كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها ،
فقال : والله لا أنهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله
عليه وسلم وسط الناس فقال : يا رسول الله أرايت رجلا وجد مع امرأته رجلا
أيقنته فتقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد
نزل فيك وفي صاحب بيتك قرآنٌ فاذهب فأت بها ، قال مهمل :
فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغا من
تلاعنها قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثا
قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم » قال مالك : قال ابن
شهاب : فلم تزل تلك سنة المتلاعنين . وأيضا من جهة المعنى لما كان الفراش
موجبا للحقوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساد
وتلك الطريق هي اللعان ، فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس
والإجماع ، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه ، فهذا هو القول في إثبات حكمه .

الفصل الأول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها

وأما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي أولا صورتان : إحداهما دعوى الزنى ، والثانية نفي الحمل . ودعوى الزنى لا يخلو أن تكون مشاهدة : أعنى أن يدعى أنه شاهداها تزنى كما يشهدُ الشاهد على الزنى ، أو تكون دعوى مطلقة . وإذا نفي الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا ، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرأها ، فهذه أربعة أحوال بسائط ، وسائر الدعاوى تتركب عن هذه ، مثل أن يرميها بالزنى وينفي الحمل ، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنى . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه ، قالت المالكية : إذا زعم أنه لم يطأها بعد ؛ وأما وجوب اللعان بمجرد القذف ، فالجمهور على جوازه الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك ، فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف ، وقد قال ابن القاسم أيضا إنه يجوز ، وهي أيضا رواية عن مالك . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - الآية . ولم يخص في الزنى صفة دون صفة ، كما قال في إيجاب حد القذف . وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك ، منها قوله في حديث سعد « رأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا » وحديث ابن عباس : وفيه « فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : والله يارسول الله لقد رأيت بعيني وسمعت بأذني ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه ، فنزلت - والذين يرمون أزواجهم - الآية » وأيضا فإن الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة . وفي هذا الباب فرع يختلف فيه قول مالك ، وهو إذا ظهر بها حمل بعد اللعان ، فعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما سقوط الحمل عنه ، والأخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب أن من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنى أن تكون في العصمة . واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنى ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والأوزاعي وجماعة : بينهما لعان ؛ وقال أبو حنيفة : لا لعان بينهما إلا أن ينفي ولداً ولا حد ؛ وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . وأما إن نفي الحمل فإنه كما قلنا على وجهين : أحدهما أن يدعى أنه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء ، وهذا ما لا خلاف فيه ؛

واختلف قول مالك في الاستبراء ، فقال مرة : ثلاث حيض : وقال مرة : حيضة . وأما نفيه مطلقا ، فالمشهور عن مالك أنه لا يجب بذلك لعان ، وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود ، وقالوا : لا معنى . لهذا لأن المرأة قد تحمل مع رؤية الدم ؛ وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي أنه لا يجوز نفي الحمل مطلقا من غير قذف . واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور : ينفيه وهي حامل ، بشرط مالك أنه متى لم ينفيه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان ؛ وقال الشافعي : إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه إلحاقه من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة ؛ وقال أبو حنيفة : لا ينفي الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وأنس وسهل بن سعد « أن النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال : إن جاءت به على صفة كذا فما أراه إلا قد صدق عليهما » قالوا : وهذا يدل على أنها كانت حاملا في وقت اللعان . وحجة أبي حنيفة أن الحمل قد ينفس ويضمحل ، فلا وجه للعان إلا على يقين . ومن حجة الجمهور أن الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة : كالنفقة والعدة ومنع الوطء ، فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك ، وعند أبي حنيفة أنه يلاعن وإن لم ينف الحمل إلا وقت الولادة ، وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ، ووقتا صاحبه أبو يوسف ومحمد فقالا : له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة ؛ والذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على أن له نفيه في وقت العصمة ، واختلفوا في نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش ، وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين ، وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق إذا لم يزل منكرا له ، وبقرير من هذا المعنى قال الشافعي وقال قوم : ليس له أن ينفي الحمل إلا في العدة فقط . وإن نفاه في غير العدة حده وألحق به الولد ، فالحكم يجب به عند الجمهور إلى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك ، فإن الظاهرية ترى أن أقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهي التسعة أشهر وما قاربها ، ولا اختلاف بينهم

أنه يجب الحكم به في مدة العصمة ، فما زاد على أقصر مدة الحمل وهي الستة شهر : أعنى أن يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكانه ، لامن وقت العقد ، وشذ أبو حنيفة : فقال من وقت العقد ، وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى أنه إن تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان ، وهو في هذه المسئلة ظاهري محض ، لأنه إنما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معلة ، وهذا شيء ضعيف . واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع ، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات : إحداهما أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن . والثانية أنه يلاعن وينفى الولد . والثالثة أنه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه . وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنى ؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا أقام الشهود على الزنى هل له أن يلاعن أم لا ؟ فقال أبو حنيفة وداود : لا يلاعن ، لأن اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم - الآية . وقال مالك والشافعي : يلاعن ، لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش .

الفصل الثاني في صفات المتلاعنين

وأما صفة المتلاعنين ، فإن قوما قالوا : يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبيدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد ، محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما ، مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا إلينا ، ومن قال بهذا القول مالك والشافعي ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين . وبالحملة فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان من أهل الشهادة . وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم - ولم يشترط في ذلك شرطا . ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة ، فيشترط فيها ما يشترط

في الشهادة ، إذ قد سماهم الله شهداء لقوله : فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ - ويقولون إنه لا يكون لعان إلا بين من يجب عليه الخلد في الظلمة الواقعة بينهما . وقد اتفقوا على أن العبد لا يحد بقلبه ، وكذلك الكافر ، مشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قلبه الخلد ، إذ كان اللعان إنما وضع للفرء الخلد مع نفي النسب ، وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لَالِيعَانَ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ : الْعَبْدَيْنِ ، وَالْكَافِرَيْنِ » والجمهور يرون أنه يمين وإن كان يسمى شهادة ، فإن أخذنا لا يشهد لنفسه ، وأما أن الشهادة قد يعبر عنها باليمين فلذلك يمين في قوله تعالى - إِذَا جَاءَكَ الْمُسَافِقُونَ قَالُوا - الْآيَةُ ، ثم قال - اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً - وأجمعوا على جواز لعان الأعمى ، واختلفوا في الأخرس ، فقال مالك والشافعي يلاعن الأخرس إذا فهم عنه ، وقال أبو حنيفة : لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة ، وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

الفصل الثالث في صفة اللعان

فأما صفة اللعان فتقاربة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم في ذلك كبير خلاف ، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية ، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني وأن ذلك الحمل ليس مني ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب ، هذا كلام متفق عليه . واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ، ومكان الغضب اللعنة ، ومكان أشهد أقسم ، ومكان قوله بالله غيره من أسمائه ؟ والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك إلا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصيلة هذه الشهادات ، وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

الفصل الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور : إنه يحد ، وقال أبو حنيفة : إنه لا يحد ويحبس ، وخجة الجمهور عموم قوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية ،

وهذا عام في الأجنبي والزوج ، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود ، فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود : أعني أنه يجد ، وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره في قضية العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام : « إِنْ قَتَلْتُمْ قَتَلْتُمْ ، وَإِنْ تَطَلَّيْتُمْ جُلِدْتُمْ ، وَإِنْ سَكَبْتُمْ سَكَبْتُمْ عَلَى غَيْظٍ » . واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لإيجابه زيادة في النص ، والزيادة عندهم نسخ ، والنسخ لا يجوز بالقياس ولا بأخبار الآحاد ، قالوا : وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في إسقاطه ، لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبي ، فكذلك الزوج ، والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص ، وقد نص على المرأة أن اليمين يدرأ عنها العذاب ، فالكلام فيما هو العذاب الذي يندرأ عنها باليمين ، وللإشراك الذي في اسم العذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها إذا نكلت ، فقال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور : إنها تحد وحدها الرجم إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان ، وإن لم يكن دخل بها فالحد . وقال أبو حنيفة إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن ، وحيثه قوله عليه الصلاة والسلام : « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ : زَنَى بَعْدَ إِحْصَانٍ ، أَوْ كَفَّرَ بَعْدَ إِيْمَانٍ ، أَوْ قَتَلَ نَفْسَ بَغْيٍ نَفْسٍ » . وأيضا فإن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول ، فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء . وبالحيلة قاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبيعة العادلة أو بالإعتراف ، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب إن شاء الله . وقد اعترف أبو المعالي في كتابه البرهان بقوة أي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي . واتفقوا على أنه إذا أكلب نفسه حد وألحق به الولد إن كان نبي ولدا . واختلفوا هل له أن يراجعها بعد انفاق بجهورهم على أن الفرقة تنجب باللعان ، إما بنفسه وإما بحكم حاكم على ما نقوله بعد ، فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الأمصار : إنهما لا يجتمعان أبدا وإن أكذب نفسه ؛ وقال أبو حنيفة وجماعة :

إذا أكذب نفسه جلد الحلد وكان خاطبا من الخطاب ؛ وقد قال قوم : ترد إليه امرأته . وحجة الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاستبيل لك عاتليها» ولم يستثن فأطلق التحريم . وحجة الفريق الثاني أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ، فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، وذلك أن السبب الموجب للتحريم إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب ، فإذا انكشف ارتفع التحريم .

الفصل الخامس في الأحكام اللازمة لتمام اللعان .

فأما موجبات اللعان ، فإن العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل : منها هل تجب الفرقة أم لا ؟ وإن وجبت ففي تجب ؟ وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم ؟ وإذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ ؟ فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان « من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما » وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنين ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « لاستبيل لك عليها » وقال عثمان البستي وطائفة من أهل البصرة : لا يعقب اللعان فرقة ، واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ، ولا هو صريح في الأحاديث ، لأن في الحديث المشهور أنه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه . وأيضا فإن اللعان إنما شرع لدرء خد القذف ، فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة . وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من انتقاض والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبدا ، وذلك أن الزوجية مبنها على المودة والرحمة وهؤلاء قد علموا ذلك كل العدم ، ولا أقل من أنه تكون عقوبتهما الفرقة . وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث : وجماعة إنها تقع إذا فرغا جميعا من اللعان . وقال الشافعي : إذا أكل الزوج لعانه وقعت الفرقة . وقال أبو حنيفة : لا تقع إلا بحكم حاكم ، وبه قال الثوري وأحمد . وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال « فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال : حسيبكمما على الله ، أجدكم كما كاذب لاستبيل لك عاتليها » وما روى أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان . وحجة

الشافعي أن لعانها إنما تدر به الحد عن نفسها فقط ، ولعان الرجل هو المؤثر في نفي الذنب ، فوجب إن كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق . وحجتهما جميعا على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال « لاسبيل لك عليها » فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان . فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور ، لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة ، والأصل أن لا فرقة إلا بطلاق ، وأنه ليس في الشرع تحريم يتأبد : أعني متفقا عليه ، فن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة^١ قال بإيجابها . وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة الرابعة ، وهي إذا قلنا إن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق ، فإن التماثلين بالفرقة اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي : هو فسخ ، وقال أبو حنيفة : هو طلاق بائن . وحجة مالك تأييد التحريم به فأشبه ذات المحرم .

وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياصا على قرقة العنين إذ كانت عنده بمحكم حاكم .

كتاب الإحداد

أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الخرائر المسلمات في عدة الوفاة إلا الحسن وحده . واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة ، وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع ، فقال مالك : الإحداد على المسلمة والكتانية والصغيرة والكبيرة . وأما الأمة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا إحداد عليها عنده ، وبه قال فقهاء الأمصار ،

(١) هكذا الأصول ، ولعل فيه سقطا هكذا : ومن قال بالمفهوم قال بإيجابها ، تأمل اه مصححه .

وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ، وروياه عن مالك ، وبه قال الشافعي : أعني أنه لإحداد على الكتابية ؛ وقال أبو حنيفة : ليس على الصغيرة ولا على الكتابية إحداد ؛ وقال قوم : ليس على الأمة المزوجة إحداد ، وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة ، فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه إحداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه إحداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فإن مالكا قال : لإحداد إلا في عدة الوفاة . وقال أبو حنيفة والثوري ، الإحداد في العدة من الطلاق البائن واجب ؛ وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه ، فإنها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء ، وذلك كالخلى والكحل إلا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد ، فإنه لم يكره مالك لها لبس السواد ، ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة ، فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة ، وبعضهم لم يشترطه ، وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار . وبالجملة فأقويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة ، وذلك الرما يحرك جال بالجملة إليهن . وإنما صار الجمهور لإيجاب الإحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فمنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام « أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفكتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، مرتين أو ثلاثا ، كل ذلك يقول لها لا ، ثم قال : إنما هي أربعة أشهر وعشرون وقد كانت إحدأكُن ترمي بالبصرة على رأس الخول » وقال أبو محمد : فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضها ، ثم قالت : والله مالي به من حاجة غير أني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تتحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » فليس فيه حجة ، لأنه استثناء من حظر فهو يقتضي الإباحة دون الإيجاب . وكذلك حديث زينب بنت جحش . لقا القاضي : وفي الأمر إذا ورد بعد الحظر بخلاف بين المتكلمين : أعني هل

يقتضى الوجوب أو الإباحة . وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسامة دون الكافرة أن من رأى أن الإحدااد عبادة لم يُلزِمه الكافرة ؛ ومن رأى أنه معنى معقول ، وهو تشوف الرجال إليها وهى إلى الرجال ، سوى بين الكافرة والمسلمة ؛ ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فترق بين الصغيرة والكبيرة إذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال إليها . ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » قال : وشرطه الإيمان فى الإحدااد يقتضى أنه عبادة . وأما من فرق بين الأمة والحرّة وكذلك الكتابية ، فلأنه زعم أن عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق : أحدهما الإحدااد ، والثانى ترك الخروج ، فلما سقط ترك الخروج عن الأمة بتبطلها والحاجة إلى استئذانها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم فى المكاتبه فن قبل تردها بين الحرّة والأمة . وأما الأمة بملك اليمين وأم الولد ، فإنما صار الجمهور إلى إسقاط الإحدااد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج » فعلم بدليل الخطاب أن من عدا ذات الزوج لا يجب عاها إحدااد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ، ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى ، وذلك أنه يظهر من معنى الإحدااد أن المقصود به أن لا تشوف إليها الرجال فى العدة ولا تشوف هى إليهم ، وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ الأنساب ، والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه ، والشكر على نعمه ؛ وتلاه كتاب البيوع إن شاء الله تعالى

كتاب البيوع

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس جمل : فى معرفة أنواعها : وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها . وفى معرفة شروط الفساد . وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة . وفى معرفة أحكام البيوع الفاسدة . فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ، ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها ، وأحكام بيوع الصحة ، وأحكام البيوع الفاسدة . ولما كانت أسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أو لأكثرها ومنها خاصة ، وكذلك الأمر فى أحكام

الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي أن نذكر المشترك من هذه الأصناف الأربعة : أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ، ثم نذكر الخاص من هذه الأربعة بواحد واحد من البيوع ، فينقسم هذا الكتاب باضطرار إلى ستة أجزاء : الجزء الأول : تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة . والثاني : تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضا : أعني في كلها أو أكثرها إذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث : تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا . الرابع : نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة ، أعني الأحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها . الخامس : نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة : أعني إذا وقعت . السادس : نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الأول) إن كل معاملة وجدت بين اثنين ، فلا يخلو أن تكون عينا بعين ، أو عينا بشيء في الذمة ، أو ذمة بذمة ، وكل واحد من هذه الثلاث إما نسيئة وإما ناجز ، وكل واحد من هذه أيضا إما ناجز من الطرفين وإما نسيئة من الطرفين ، وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر ، فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لافي العين ولا في الذمة ، لأنه الدين بالدين المنهى عنه . وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ، ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة ، وذلك أنها إذا كانت عينا بعين فلا تخلو أن تكون ثمنًا بمثمنون أو ثمنًا بثمان ، فإن كانت ثمنًا بثمان سمي صرفا ، وإن كانت ثمنًا بمثمنون سمي بيعا مطلقا وكذلك مثموننا بمثمون على الشروط التي تقال بعد ، وإن كان عينا بذمة سمي سلما ، وإن كان على الخيار سمي بيع خيار ، وإن كان على المراجعة سمي بيع مراجعة ، وإن كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

(الجزء الثاني) وإذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع ، وهي أسباب الفساد العامة وجدت أربعة : أحدها تحريم عين المبيع . والثاني الربا . والثالث الغرر . والرابع الشروط التي تتول إلى أحد هذين أو لجمعتهما . وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد ، وذلك أن النهي إنما

تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع للأمر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج ؛ فمنها الغش ؛ ومنها الضرر ؛ ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ؛ ومنها لأنها محرمة البيع . ففي هذا الجزء أبواب :

الباب الأول في الأعيان المحرمة البيع

وهذه على ضربين : نجاسات ، وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر ، ثبت في الصحيحين قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِزِيرِ وَالْأَصْنَامِ ، فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهُ يَطْلَى بِهَا السُّفْنُ وَيَسْتَصْبَحُ بِهَا ؟ فَقَالَ : لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ حَرَّمَتِ الشُّحُومُ عَلَيْهِمْ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوهَا أَثْمَانُهَا » وقال في الخمر « إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا » والنجاسات على ضربين : ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وأنها نجسة ، إلا خلافا شاذا في الخمر : أعني في كونها نجسة ، والميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة ، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التي تقبل الحياة . واختلف في الانتفاع بشعره ، فأجازته ابن القاسم ومنه أصبغ . وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين ، فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقا ، وقيل بإجازتها مطلقا ، وقيل بالفرق بين العذرة والزبل : أعني بإباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا ؟ فمن رأى أنه ناب جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن ، والاختلاف فيه في المذهب . وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو يختلف في نجاسته ، فمنها الكلب والسنور . أما الكلب فاختلفوا في بيعه ، فقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب أصلا . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه . فأما من أراد له للأكل فاختلفوا فيه ، فمن أجاز أكله أجاز بيعه ، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه . واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه ، فقيل هو حرام ،

وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيئان : أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم . والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير ، وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل ، فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين ، وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين ، وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال . ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به ، إلا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ، ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي من ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ، ولكن الجمهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع . فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله ، فقال مالك : لا يجوز بيع الزيت النجس ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز إذا بين ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وحجة من حرمه حديث جابر المتقلم « أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول : **إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَالْمَيْتَةَ وَالْخِنْزِيرَ** » . وعمدة من أجازوه : أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ، ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالخاجة إلى المحرمة ، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الأكل على الإباحة : أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا جاز ، ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به ، وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعلى الصابون مع تحريم بيعه ، وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه ، وهذا كله ضعيف ، وقد قيل إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل : أعني لتحريم البيع . واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين : أحدهما جواز ذلك ، والآخر منعه ، وهما مبنيان على أن الزيت إذاخالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين

لو نجاسة مجاورة ؟ فن رآه نجاسة مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ، ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عند الطبخ والغسل .

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الأدمية إذا حلب ، فالك والشافعي يجوزانه ، وأبو حنيفة لا يجوزنه . وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه فأبيح بيعه قياسا على لبن سائر الأنعام ، وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه ، وأنه في الأصل محرم ، إذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم ، فقالوا في قياسهم هكذا الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه ، فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والأتان فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيدة الشبه ، وفروع هذا الباب كثيرة ، وإنما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الأصول .

الباب الثاني في بيع الربا

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين : في البيع ، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذي نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون : أنظرني أزدك ، وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام بقوله في حجة الوداع « ألا وإن ربا الجاهلية موضوعٌ وأولُ ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، والثاني « ضَعُ وتَنَعَجَلُ » وهو مختلف فيه وسنذكره فيما بعد : وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئة وتفاضل ، إلا ما روى عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا في النسيئة » وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم . والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول : الفصل الأول : في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النسيئة ، وتبيين علة ذلك . الثاني : معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النسيئة . الثالث : في معرفة ما يجوز فيه الأمان جميعا . الرابع : في معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا .

الفصل الأول

في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين علة ذلك فنقول : أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت ، إلا ما حكى عن ابن عباس ، وحديث عبادة هو قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو أزداد فقد أربى » فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان . وأما منع النسبة فيها فثبت من غير ما حديث ، أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الدَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبَا ، إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِبَا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبَا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبَا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ » فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد ، وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه ، وإباحة التفاضل ، وذلك في بعض الروايات الصحيحة ، وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة « وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يبدأ بيد والبر بالشعير كيف شئتم يبدأ بيد » وهذا كله متفق عليه بين الفقهاء إلا البر بالشعير . واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها ، فقال قوم منهم أهل الظاهر : إنما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستة فقط ، وأن ما عداها لا يمتنع الصنف الواحد منها التفاضل ، وقال هؤلاء أيضا : إن النساء يمتنع في هذه الستة فقط اتفقت الأصناف أو اختلفت ، وهذا أمر متفق عليه : أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف ، إلا ما حكى عن ابن عباس أنه قال : إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدا الذهب والفضة . فهؤلاء جمعوا النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص . وأما الجمهور من فقهاء الأمصار ، فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه

عليه بهذه الأصناف : أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها : فالذي استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما في الأربعة ، فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتاً ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر ، وتال بعض أصحابه : انربا في الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رءوساً للأثمان وقيسماً للمتلفات ، وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة ، لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ، ولذلك إذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ، ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة : أعني في الصنف الواحد منها ، ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل ، فلكونها ليست مدخرة ، وقد قيل إن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة ، وقد قلنا إن الطعم بإطلاق علة لمنع النساء في المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الأربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف ، وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب ، فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ، ووافق الشافعي مالكاً في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة ، أعني أن كونهما رءوساً للأثمان وقيسماً للمتلفات هو عندهم علة منع النسبة إذا اختلف الصنف ، فإذا اتفقا منع التفاضل ، والحنفية تعتبر في المكيل قدراً يتأق فيه الكيل ، وسيأتي أحكام الدينار والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف ، وأما هاهنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء ، وذكر عمدة دليل كل فريق منهم ، فنقول : إن الذين قصرُوا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أخذ صنفين : إما قوم نفوا القياس في الشرع : أعني استنباط العلل من الألفاظ وهم الظاهرية ، وإما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا

بالمنطوق به ، فلأنما ألحقه بقياس الشبه لابقياس العلة ، إلا ما حكى عن ابن
 الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال : علة منع الربا إنما هي حيطة
 الأموال ، يريد منع العين . وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس
 الشبه عنده ضعيفا ، وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع
 قياس المعنى ، إذ لم يتأت له قياس علة ، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف
 الأربعة ، لأنه زعم أنه في معنى التمر ، ولكل واحد من هؤلاء : أعنى من
 القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق
 به من هذه الأربعة . أما الشافعية فإنهم قالوا في تثبيت علمهم الشبيهة : إن الحكم
 إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم
 مثل قوله تعالى - والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا - فلما علق الحكم
 بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة . قالوا : وإذا كان
 هذا هكذا ، وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبيد الله أنه قال : كنت
 أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « الطَّعَامُ بالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »
 فمن البين أن الطعم هو الذي علق به الحكم . وأما المالكية فإنها زادت على
 الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ ، وإما صفتين وهو
 الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون ، وتمسكت في استنباط هذه العلة
 بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كُتِنِي بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من
 تلك الأربعة الأصناف المذكورة ، فلما ذكر منها عددا علم أنه قصد بكل
 واحد منها التنبيه على ما في معناه ، وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار .
 أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخنة ، ونبه بالتمر على جميع
 أنواع الحلوات المدخنة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع
 التوابل المدخنة لإصلاح الطعام ، وأيضا فإنهم قالوا : لما كان معقول المعنى
 في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وأن تحفظ أموالهم ، فوجب أن
 يكون ذلك في أصول المعاش . وهي الأقوات . وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار
 المكيل والموزون أنه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق
 القدر ، وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه
 وسلم لعامله بنخير من حديث أبي سعيد وغيره « إِلَّا كَيْلًا بِكَيْلٍ يَدَا بَيْتِهِ »

رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف ، وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن ، منها أنهم رويوا في بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة ، وهي كذلك ما يكال ويوزن ، وفي بعضها : 'وكذلك المكيال والميزان ، هذا نص لو صححت الأحاديث ، ولكن إذا توصل الأمر من طريق المعنى ظهر - والله أعلم - أن علمهم أولى العلل ، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوى ، ولذلك لما عسر إدراك التساوى في الأشياء المختلفة النوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها : أعنى تقديرها ، ولما كانت الأشياء المختلفة النوات : أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة ، أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون ، فليكن مثلاً الذي يساوى هذا القدر عددها هو عشرة أثواب ، فإذا اختلفت هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجبة في المعاملة العدالة ، أعنى أن يكون عدل فرس عشرة أثواب في المثل . وأما الأشياء المكيلة والموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرق كان العدل في هذا إنما هو بوجود التساوى في الكيل أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع ، وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة ، والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة ، فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء أعنى المكيلة والموزونة علمتان : إحداهما وجود العدل فيها ، والثاني منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف . وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية . ورى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر

في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أقوات الناس ، فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتا . وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الأجناس التي تجب فيها الزكاة ، وعن بعضهم الانتفاع مطلقا : أعنى المالية ، وهو مذهب ابن الماجشون .

الفصل الثاني

في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم ، فإن علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل ، وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل ، وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسيئة في هذه ، لأنه عنده من باب الساف الذي يجز منهعة .

الفصل الثالث في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعا : أعنى التفاضل والنساء ، فما لم يكن ربويا عند الشافعي . وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا بإطلاق على مذهب أبي حنيفة ، ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات ، وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحدا ، وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي ، وإن كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثرا إلا في الربويات فقط : أعنى أنه يمنع التفاضل فيه ، وليس هو علة للنساء أصلا ، فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث . فأما الأشياء التي لا تجوز فيها النسيئة فإنها قسمان : منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ، ومنها ما يجوز فيها التفاضل . فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل

فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط ، وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن ، فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي ، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك ، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة ، وأما الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فإنها صنفان : إما مطعومة ، وإما غير مطعومة . فأما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها ، وعلة المنع الطعم ؛ وأما غير المطعومة فإنه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافع التفاضل ، فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين إلى أجل إلا أن تكون إحداها حلوبة والأخرى أكولة ، هذا هو المشهور عنه ؛ وقد قيل إنه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل . فأما إذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وإن كان للصنف واحداً ؛ وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع ، والأشهر أن لا يعتبر ؛ وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت ، فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وإن اختلفت منافعها . وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء ، فيجوز شاة بشاتين نسيئة وتقدا ، وكذلك شاة بشاة ، ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين إلى الصدقة » قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان » قالوا : وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعملته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الدريعة ، وذلك أنه لا فائدة في ذلك إلا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم ، وقد قيل عنه إنه أصل بنفسه ، وقد قيل عن الكوفيين إنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة ، فكأن الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له ، لأن ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف ،

وكان مالكا ذهب مذهب الجمع ، فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض .
وحديث عمرو بن العاص على اختلافها ، وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ،
ولكن صححه الترمذى ، ويشهد لمالك ما رواه الترمذى عن جابر قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم « الْحَيَوَانُ اثْنَانِ بِيَوَاحِدٍ ، لَا يَتَصَلَحُ الذَّسَاءُ
وَلَا بِأَسَ بِهِ يَدَا بَيْدٍ » وقال ابن المنذر : ثبت « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ
عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى عَبْدًا بَعْدَيْنِ أَسْوَدَيْنِ ، وَاشْتَرَى تِجَارِيَّةً بِسَبْعَةِ أَرْوُسَ »
وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لامن
قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء ، هل من شرطه التقابض
في المجلس قبل الافتراق سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة
لقوله عليه الصلاة والسلام « لَا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِبًا بِنَاجِزٍ » فمن شرط فيها
التقابض في المجلس شبهها بالصرف ، ومن لم يشترط ذلك قال : إن القبض قبل
التفرق ليس شرطا في البيوع إلا ما قام الدليل عليه ، وما قام الدليل على
الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل .

الفصل الرابع

في معرفة ما يعد صنفا واحدا ، وما لا يعد صنفا واحدا
واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحدا وهو المؤثر في التفاضل مما
لا يعد صنفا واحدا في مسائل كثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ، وكذلك
اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل ، هل من شرطه أن لا يختلف
بالجوذة والرداءة ، ولا باليبس والرطوبة ؟ فأما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا
مما لا يعد صنفا واحدا ، فمن ذلك القمح والشعير ، صار قوتا إلى أنهما صنف
واحد ، وصار آخرون إلى أنهما صنفان ، فبالأول قال مالك والأوزاعي ،
وحكاة . مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب ؛ وبالثاني قال الشافعي وأبو حنيفة ،
وعملتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم « لَا تَبِيعُوا
الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ » فجعلهما صنفين ، وأيضا
فإن في بعض طرق حديث عبادة بن الصامت « وَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ
كَيْفَ شِئْتُمْ ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ ، وَالْمَلْحَ بِالتَّمْرِ كَيْفَ

شَيْئُهُمْ يَبْدَأُ بِبَيْدٍ » ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثوري ، وصحح هذه الزيادة الترمذي . وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب أن يكونا صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة . وأما أصحابه فاعتمدوا في ذلك أيضا السماع والقياس . أما السماع فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ » فقالوا : اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف ، فإن هذا عام يفسره الأحاديث الصحيحة . وأما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيرا من اتفاقهما في المنافع ، والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق ، والسلت عند مالك والشعير صنف واحد ، وأما القطعية فلأنها عنده صنف واحد في الزكاة ، وعنه في البيوع روايتان : إحداهما أنها صنف واحد ، والأخرى أنها أصناف . وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها ، فن غلب الاتفاق قال : صنف واحد ، ومن غلب الاختلاف قال : صنفان أو أصناف ، والأرز والدخن والجوارس عنده صنف واحد .

(مسألة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل ، فقال مالك : اللحوم ثلاثة أصناف : فلهم ذوات الأربع صنف ، ولحم ذوات الماء صنف ، ولحم الطير كله صنف واحد أيضا ، وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل . وقال أبو حنيفة : كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة ، والتفاضل فيه جائز إلا في النوع الواحد بعينه . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد . وأبو حنيفة يميز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ، ومالك لا يميزه ، والشافعي لا يميز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ، ومالك يميزه . وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام « الطعام بالطعام مثلا بمثل » ولأنها إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ، ويتناولها اسم اللحم تناولا واحدا . وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة ، فوجب أن يكون لحمها مختلفا . والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول : إن الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان ، أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير . وبالحملة فكل طائفة تدعى أن

وزان الاختلاف الذى بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم ، والحنفية أقوى من جهة المعنى ، لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسألة) واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال : قول إنه لا يجوز بإطلاق ، وهو قول الشافعى والليث ؛ وقول إنه يجوز فى الأجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز ذلك فى المتفقة : أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل ، وذلك فى التى المقصود منها الأكل ، وهو قول مالك ، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل ، وذلك عنده فى الحيوان المأكول ، حتى أنه لا يميز الحى بالحي إذا كان المقصود الأكل من أحدهما ، فهى عنده من هذا الباب ، أعنى أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة ؛ وقول ثالث إنه يجوز مطلقا ، وبه قال أبو حنيفة . وسبب الخلاف معارضة الأصول فى هذا الباب لمسل سعيدين بن المسيب ، وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالبحيم » فن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به . ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين : إما أن يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه أو يردده لمكان معارضة الأصول له . فالشافعى غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الأصول . ومالك رده إلى أصوله فى البيوع ، فجعل البيع فيه من باب الربا ، أعنى بيع الشئ الربوى بأصله ، مثل بيع الزيت بالزيتون وسأقى الكلام على هذا الأصل ، فإنه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة ، وهى داخلة فى الربا بجهة ، وفى الغرر بجهة ، وذلك أنها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر ، وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الأصل .

(مسألة) ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل ، فالأشهر عن مالك جوازه ، وهو قول مالك فى موطنه ، وروى عنه أنه لا يجوز ، وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك ؛ وقال بعض أصحاب مالك : ليس هو اختلافا من قوله ، وإنما رواية المنع إذا كان

اعتبار المثلية بالكيل ، لأن الطعام إذا صار دقيقا اختلف كيـله ، ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنـده في ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون . ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن ، والعدد فيما لا يكال ولا يوزن . واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز ، فقال أبو حنيفة : لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومثالا ، لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا ، وقال الشافعي : لا يجوز مثالا فضلا عن متفاضل ، لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالأشهر في الخبز عنـده أنه يجوز مثالا ، وقد قيل فيه إنه يجوز فيه التفاضل وانتسارى . وأما العجيين بالعجيين فجائز عنـده مع المماثلة . وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا يمكن ؟ فقال أبو حنيفة : تنقله ، وقال مالك والشافعي : لا تنقله . واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والخزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكا يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس : أعنى من أن يكون جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل ، وفي بعضها ليس يرى ذلك ، وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال ، فاللحم المشوى والمطبوخ عنـده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنـده وغير المقازة جنسان ، وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك ، والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها ، وقد رام حصرها الباجي في المتن ، وكذلك أيضا يحصر المنافع التي توجب عنـده الاتفاق في شيء من الأجناس التي يقع بها التعامل ، وتمييزها من التي لا توجب ذلك : أعنى في الحيوان والبـروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنـده قانون يعمل عليه في تمييزها إلا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة ، فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه ، وأنت نتبين ذلك من كتبهم ، فهذه هي أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم في بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز ، فإن السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ أَيْنَقُصُ الرُّطْبُ إِذَا جَفَّ ؟ فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك » فأخذ به أكثر العلماء وقال : لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، وخالفه في ذلك صاحبا محمد بن الحسن وأبو يوسف . وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة . وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له ، واختلافهم في تصحيحه ، وذلك أن حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة ، وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لاحال المال ؛ فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ؛ ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال : هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات . والحديث أيضا يختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج الشيخان . قال الطحاوي : خولف فيه عبد الله ، فرواه يحيى بن كثير عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » وقال : إن الذي يزوي عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول ، لكن جمهور الفقهاء صاروا إلى العمل به . وقال مالك في موطنه قياسا به على تعليل الحكم في هذا الحديث ، وكذلك كل رطب يبس من نوعه حرام : يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده ، والعرية عنده مستثناة من هذا الأصل ، وكذلك عند الشافعي ، والمزابنة المنهى عنها عند أبي حنيفة هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رءوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعنى بوجود التساوى ، وطرده الشافعي هذه العلة في الشيتين الرطبين ، فلم يجز بيع الرطب بالرطب ، ولا العجين بالعجين مع التماثل ، لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الخفاف . وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث ، وأما اختلافهم في بيع الحديد بالرديء في الأصناف الربوية ، فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين : أحدهما أجود من ذلك البصنف ، والآخر أردأ ، مثل أن يبيع مُدَّين من تمر وسط بمدين من تمر

أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه ، فإن مالكا يرد هذا لأنه يهيمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب ، فجعل معه الرديء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك ، ووافقه الشافعي في هذا ، ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لأنه لا يعمل التهم ، ولكن يشبه أن يجبر التفاضل في الصفة ، وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثلي نقصان الرديء عن الوسط ، وإلا فليس هناك مساواة في الصفة . ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنائره أو دراهم إذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فالأول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم ، فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : إن ذلك جائز . فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع ، فن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال : لا يجوز لمكان الجهل بذلك ، لأنه إذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة ، مثال ذلك أنه إن باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوى الكيل ، وإلا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بأن يرضى به المتبايعان ، ومالك يعتبر أيضا في هذا سد الذريعة ، لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

باب في بيوع الذرائع الربوية

وهنا شيء يعرض للمتبايعين إذا قال أحدهما للآخر بزيادة أو نقصان ، والمتبايعين إذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير قصد إلى ذلك تباع ربوي ، مثل أن يبيع إنسان من إنسان سلعة بعشرة دنائير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين إلى أجل ، فإذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنائير

في عشرين إلى أجل ، وهذا هو الذي يعرف ببيع الآجال . فنذكر من ذلك مسألة في الإقالة ، ومسألة من يبيع الآجال إذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع ، وإنما المقصود فيه تحصيل الأصول .

(مسألة) لم يختلفوا أن من باع شيئا مآ كأنك قليت عبدا بمائة دينار مثلا إلى أجل ، ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير مثلا نقدا أو إلى أجل ، أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك ، وأن الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ، لأنه في هذه المسألة اشترى منه البائع الأول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقدا أو إلى أجل ، وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلى أجل والعشرة مثاقيل نقدا أو إلى أجل . وأما إن ندم المشتري في هذه المسألة وسأل الإقالة على أن يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو إلى أجل أبعد من الأجل الذي وجبت فيه المائة ، فهذا يختلفوا ، فقال مالك ؛ لا يجوز ، وقال الشافعي : يجوز ؛ ووجه ماكره من ذلك مالك أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع الذهب بالذهب إلى أجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب ، لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه ، وأيضا يدخله بيع وسلف كأن المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة إلى الأجل الذي يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعي فهذا عنده كله جائز لأنه شراء مستأنف ، ولا فرق عنده بين هذه المسألة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة ، فيشتري منه غلاما بالتسعين دينارا التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير ، وذلك جائز بإجماع . قال : وحمل الناس على التهم لايجوز . وأما إن كان البيع الأول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك ، لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة ، إلا أن مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة : أعنى الذي يداين الناس ، لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان إليه بما أظهر من البيع من غير أن تكون له حقيقة . وأما البيوع التي يعرفونها ببيع الآجال ، فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر أو نقدا .

(وهنا تسع مسائل إذا لم تكن هناك زيادة عرض يختلف منها في مسألتين

واتفق في الباقي) وذلك أنه من باع شيئاً إلى أجل ثم اشتراه ، فلما أن يشتره إلى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده ، وفي كل واحد من هذه الثلاثة إما أنه يشتره بمثل الثمن الذي باعه به منه ، وإما بأقل ، وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين ؛ وهو أن يشترها قبل الأجل نقداً بأقل من الثمن أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن . فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز . وقال الشافعي وداود وأبو ثور يجوز ، فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنائير في أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا المنهي عنه فزور لذلك هذه الصورة ليتصلاً بها إلى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفني عشرة دنائير إلى شهر وأرد إليك عشرين ديناراً ، فيقول : هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ، ثم أشتريه منك بعشرة نقداً . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لأنه إن أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك إن اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل ، ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت من زيد عبداً إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بثمائة ، فقالت عائشة : بثمنا شريت ، وبثمنا اشتريت ، أبلغني زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ، قالت : رأيته إن تركت وأخذت الثمينة ديناراً ؟ قالت : نعم - فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ - وقال الشافعي وأصحابه : لا يثبت حديث عائشة ، وأيضا فإن زيداً قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس ، وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الأول ، فإن الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظر أن يشتره نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان ، والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي أن يتدرع منها إلى : أنظرني أزدك ، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلاً ، أو بيع ما لا يجوز نساء ، أو إلى بيع وسلف ، أو إلى ذهب وعرض بذهب

أو إلى : ضع وتعجل ، أو بيع الطعام قبل أن يستوفى ، أو بيع وصرف ، فإن هذه هي أصول الربا . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل أن يقبضه ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة ، وأجازة الشافعي والثوري والأوزاعي وجماعة . وحجة من كرهه أنه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ، ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتباراً بترك القصد إلى ذلك . ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن إلى أجل معلوم ، فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه ، فاشترى من المشتري طعاما بثمن يدفعه إليه مكان طعامه الذي وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال : لا فرق بين أن يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه ؛ ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه رد إليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته ، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه . وصورة الذريعة في ذلك أن يشتري رجل من آخر طعاما إلى أجل معلوم ، فإذا حل الأجل قال الذي عليه الطعام : ليس عندي طعام ، ولكن اشترى منك الطعام الذي وجب لك عليّ ، فقال هذا لا يصح لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفى فيقول له : فبيع طعاما مني وأرده عليك ، فيعرض من ذلك ما ذكرناه ، أعني أن يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع إنما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا وإنما يراعى فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكره بالسنتهما وظهر من فعلهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهراً أنه لا يجوز ، ولو قال له : أسلفني دراهم وأمهلي بها حولا أو شهراً جاز ، فليس بينهما إلا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القصد وقرضه ، ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة : أنظرنى أزديك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فإنه يظن أنه من هذا الباب إذ فاعل ذلك يدفع دنائير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته ، فينبغي أن نذكر ههنا هذين الأصلين : أما : ضع وتعجل فأجازة ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعي في ذلك ، فأجاز مالك وجمهور من

ينكر: ضع وتعجل ، أن يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضاً يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه . وعمدة من لم يجز: ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا ، وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا . وعمدة من أجازته ما روى عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر بإخراج بني النضير وجاءه ناس منهم فقالوا: يا نبي الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا » فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه ، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتي . وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ ابْتِاعَ طَعَاماً فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ » . واختلف من هذه المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات . والثاني : في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط . والثالث : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا ، ففيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول فيما يشترط فيه القبض من المبيعات

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان : إحداهما المنع وهي الأشهر ، وبها قال أحمد وأبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن . والرواية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار . وأما الشافعي فإن القبض عنده شرط في كل مبيع ، وبه قال الثوري ، وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس ، وقال أبو عبيد وإسحاق : كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه ، فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون ، وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز

ابن أبي سلمة وربيعه، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المحدود، فيتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال : الأول : في الطعام الربوي فقط . والثاني : في الطعام بإطلاق . الثالث : في الطعام المكيل والموزون . الرابع : في كل شيء ينقل . الخامس : في كل شيء . السادس : في المكيل والموزون . السابع : في المكيل والموزون والمحدد . أما عمدة مالك في منعه ما عدا المنصوص عليه فدلليل الخطاب في الحديث المتقدم . وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لَا يَحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ يُضْمَنْ وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » وهذا من باب بيع ما لم يضمن ، وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري ، واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال : قلت « يا رسول الله إني أشتري بيوعا فما يحل لي منها وما يحرم ؟ فقال : يا ابن أخي إذا اشتريتَ بَيْعًا فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ » قال أبو عمر : حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم ابن حزام قال : ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لأعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط ، وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين . ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا ، وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل ، لأن ما ينقل القبض عنده فيه هي التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلا تفاقهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع ما لم يضمن .

الفصل الثاني

في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر ، فإن العقود تنقسم أولا إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات . واللى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها يختص بقصد المعاينة والمكايسة وهي البيوع والإجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره .

والقسم الثاني لا يختص بقصد المغابنة ، وإنما يكون على جهة الفرق وهو القرض .
والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا : أعنى على قصد المغابنة
وعلى قصد الفرق ، كالشركة والإقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه
الأقسام . أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه ، وذلك
في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء . وأما ما كان
خالصا للفرق : أعنى القرض ، فلا خلاف أيضا أن القبض ليس شرطا في بيعه
أعنى أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه . واستثنى أبو حنيفة
مما يكون بعوض المهر والخلع ، فقال : يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود
التي تردد بين قصد الفرق والمغابنة وهي التولية والشركة والإقالة ، فإذا وقعت
على وجه الفرق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان ، فلا
خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعي :
لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض ، وتجوز الإقالة عندهما لأنها قبل القبض
فسخ بيع لا بيع . فعمدة من اشتراط القبض في جميع المعاوضات أنها في معنى
البيع المنهى عنه ، وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر
والمعنى . أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال « مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » إلا ما كان
من شركة أو تولية أو إقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الفرق
لالمغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان ، وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة
الصداق والخلع والجعل ، لأن العوض في ذلك ليس بيننا إذا لم يكن عينا .

الفصل الثالث

في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزافا

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافا ، فإن مالكا رخص فيه وأجازه
وبه قال الأوزاعي ، ولم يحز ذلك أبو حنيفة والشافعي . وحجتهم عموم الحديث
للتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه ، لأن الذريعة موجودة في الجزاف
وغير الجزاف . ومن الحجة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال « كنا في زمان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا ، فبعث إلينا من يأمرنا

بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه ، قال أبو عمر : وإن كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف ، فقد روته جماعة وجوّدته عبيد الله بن عمر وغيره ، وهو مقدم في حفظ حديث نافع . وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية ، فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد ، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ، وقد يدخل في هذا الباب إجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه ، وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة إلى الربا . وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع الغرر ؛ وصورة التذرع منه إلى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل : أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها ، فيقول له : هذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرصاً فيردّ عليه ضعفها ، وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ، ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا أنها غير جائزة في المذهب : أعني إذا تقارّراً على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها . وأما الدين بالدين ، فأجمع المسلمون على منعه . واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه ؟ مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمراً قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ، ويراه من باب الدين بالدين . وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : ليس هذا من باب الدين بالدين ، وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذ شيء منه ، وهو قياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة . ومما أجازته مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من أن الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن إلى العطاء ، فيأخذ المبتاع كل يوم وزناً معلوماً قال : ولم ير الناس بذلك بأساً ، وكذلك كل ما يبتاع في الأسواق ، وروى ابن القاسم أن ذلك لا يجوز إلا فيما خشي عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعه . وأما القمح وشبهه فلا ، فهذه هي أصول هذا الباب ، وهذا الباب كله إنما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعاً وبغير علم .

الباب الثالث

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر ، والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمشمون المبيع ، أو بقدره أو بأجله إن كان هنالك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته : أعنى بقاءه ، وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أوبعضها . ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف فى شرح أسماؤها ، والمسكوت عنه يختلف فيه . ونحن نذكر أولاً المنطوق به فى الشرع ، وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه : أعنى فى رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به فى الشرع فنه « نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلية » ومنها « نهيه عن بيع ما لم يخلق ، وعن بيع الثمار حتى تزهى ، وعن بيع الملامسة والمنابذة ، وعن بيع الحصاة » ومنها « نهيه عن المعاومة ، وعن بيعتين فى بيعة ، وعن بيع وشرط ، وعن بيع وسلف ، وعن بيع السنبلى حتى يبيض والعنب حتى يسود » « ونهيه عن المضامين والملاقيح » . أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلاً ، ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً إلى الاتفاق . وأما بيع الحصاة ، فكانت صورته عندهم أن يقول المشتري : أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهولى ، وقيل أيضاً إنهم كانوا يقولون : إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلية ففيه تأويلان : أحدهما أنها كانت بيوعاً يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها ، والغرر من جهة الأجل فى هذا بين ؛ وقيل إنما هو بيع جنين الناقة ، وهذا من باب النهى عن

بيع المضامين والملاقيح . والمضامين : هي ما في بطون الحوامل ، والملاقيح . ما في ظهور الفحول ، فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهي محرمة من تلك الأوجه التي ذكرناها . وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترهى » ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن عيونها . وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ، ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ، ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن ترهى أو بعد أن ترهى ، وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ، لأنه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة . وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة ، وهي بيع الشجر أعواما » إلا ما روى عن عمر ابن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره ، إلا ما روى عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ، وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام ، فإذا قلنا بقول الجمهور إنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى ، وقد قلنا إن ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه إلا ما روى عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك ، وهي رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا ، فاختلاف في ذلك فقهاء الأمصار ، فجمهورهم على أنه لا يجوز : مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري وغيرهم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع لامن جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سيأتي بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى

يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري » فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ، ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهي لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو « أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَيَمَّ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » لم يحمل العلماء النهى في هذا على الإطلاق : أعني النهى عن البيع قبل الإزهاء بل رأى أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية الممنوعة ؟ فن حمل الإطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال : لا يجوز ؛ ومن حمله على القطع قال : يجوز ، والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه إنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فمتجهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن تزهي حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ بَاعَ تَخْلًا قَدْ أُبْرَتْ فَشَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهَا الْمُبْتَاعُ » قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهي على الندب ، واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال : « كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع : أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضرب به قشام ومراض لغاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم : لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها » وربما قالوا : إن المعنى الذى دل عليه الحديث في قوله « حتى يبدو صلاحها » هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ فَيَمَّ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بلوغ صلاحها على شرط التبقية ، فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص : أعني إذا بيع الثمر مع الأصل . وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهو فلا خلاف فيه ، والإطلاق

فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضى التبقية ، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت إن منع الله الثمرة » الحديث . ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح ، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلا ، ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع ، وكان هذا الشرط باطلا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية ، والإطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع ، وهو خلاف مفهوم الحديث ، وخجنتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه وإلا لحقه الغرر ، ولذلك لم يجز أن تباع الأعيان إلى أجل . والجمهور على أن بيع الثمار يستثنى من بيع الأعيان إلى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن يبس كله دفعة ، فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين : أحدهما في جواز بيعها قبل أن ترهى . والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الإزهاء أو بمطلق العقد ، وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني : أعنى في شرط القطع وإن أزهى ، وإنما كان خلافهم في الموضع الأول أقرب ، لأنه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ، لأن ذلك أيضا مروي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير ، وأما بدو الصلاح الذي جوزه رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده ، فهو أن يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب إن كان مما يسود ، وبالحملة أن تظهر في الثمرة صفة الطيب ، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهي ، فقال : حتى يحمر » وروى عنه عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشتد » وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ، وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من أيار وهو مايو ، وهو قول ابن عمر أيضا . « سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات ، فقال عبد الله بن عمر : ذلك وقت طلوع الثريا » وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد » وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه إذا أزهى ما حوله من الخيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة ، يريد - والله أعلم - طلوع الثريا ، إلا أن المشهور عنه أنه

لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو ، وقد قيل إنه لا يعتبر مع الإزهاء طلوع
الثرى . فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال : قول إنه الإزهاء ، وهو
المشهور ، وقول إنه طلوع الثرى ، وإن لم يكن في الحائط في حين البيع إزهاء ،
وقول : الأمران جميعا . وعلى المشهور من اعتبار الإزهاء يقول مالك إنه إذا
كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف
منها إلا بظهور الطيب فيه ، وخالفه في ذلك الليث . وأما الأنواع المتقاربة
الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض ، وبدو الصلاح المعتبر عن مالك
في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء في بعضه لافي كله إذا لم يكن ذلك
الإزهاء مبكرا في بعضه تبكيرا يترأخى عنه البعض بل إذا كان متابعا ، لأن
الوقت الذى تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة
ابتداء متناسقا غير منقطع . وعند مالك أنه إذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز
بيعه وبيع البساتين المجاورة له إذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال
الشافعى : لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط . ومالك
اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا لم النوع الواحد .
والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع ما لم
يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهى مشتراة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال
لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة ، وهذا لم يقل به أحد ،
فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار . ومن المسموع الذى اختلفوا فيه
من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى
يبيض والعنب حتى يسود ، وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع
الحنطة في سنبليها دون السنبل ، لأنه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته . واختلفوا
في بيع السنبل نفسه مع الحب ، فجوز ذلك جمهور العلماء : مالك وأبو حنيفة
وأهل المدينة وأهل الكوفة ؛ وقال الشافعى : لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن
اشتد ، لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس . وحجة
الجمهور شيان : الأثر والقياس . فأما الأثر فما روى عن نافع عن ابن عمر
« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى ، وعن
السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة ، نهى البائع والمشتري » وهى زيادة على

ما رواه مالك من هذا الحديث ، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعي أنه لما وصلت هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود ، ففيل عن مالك يجوز ، وقيل لا يجوز ، إلا إذا كان في حزمه . وأما بيعه في تبته بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب ، هذا إذا كان جزافا ، فأما إذا كان مكيلا فجائز عند مالك ، ولا أعرف فيه قولاً لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه ؛ فقال الكوفيون : على البائع حتى يعمل حبا للمشتري ؛ وقال غيرهم : هو على المشتري . ومن هذا الباب ما ثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة » وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة ، قال أبو عمر : وكلها من نقل العدول ، فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما ؛ واختلفوا في التفصيل ، أعني في الصورة التي ينطلق عاها هذا الاسم من التي لا ينطلق عاها واتفقوا أيضا على بعضها ، وذلك يتصور على وجوه ثلاثة : أحدها إما في مضمونين بثمانين ، أو مضمون واحد بثمانين ، أو مضمونين بثمان واحد على أن أحد البيعين قد لزم . أما في مضمونين بثمانين ، فإن ذلك يتصور على وجهين : أحدهما أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بثمان كذا على أن تبيعني هذه الدار بثمان كذا ؛ والثاني أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مضمون واحد بثمانين ، فإن ذلك يتصور أيضا على وجهين : أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقدا والآخر نسيئة ، مثل أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بثمان كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمان كذا . وأما مضمونان بثمان واحد ، فمثل أن يقول له : أبيعك أحد هذين بثمان كذا . فأما الوجه الأول ، وهو أن يقول له : أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعني هذا الغلام بكذا ، فنص الشافعي على أنه لا يجوز ، لأن الثمن في كليهما يكون مجهولا ، لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد . وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة إنما هو جهل الثمن أو المضمون . وأما الوجه الثاني ، وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة

بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع ، وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا ؛ وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك ، فأجازه إذا كان النقد واحدا أو مختلفا ، وعلة منعه عند الجميع الجهل ؛ وعند مالك من باب سد الذرائع لأنه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين ، فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار ، وذلك لا يجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث ، وهو أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدا بكذا أونسيئة بكذا ، فهذا إذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز ، وأما إذا لم يكن البيع لازما في أحدهما فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعي ، لأنهما اختلفا على ثمن غير معلوم ؛ وجعله مالك من باب الخيار ، لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر ، وهذا عند مالك هو المانع ، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيع الغرر التي نهى عنها ؛ وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لإمكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولا إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك ، فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني ، فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني ، فيدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلا ، وهذا كله إذا كان الثمن نقدا ، وإن كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر ، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا . وأما إذا قال : أشتري منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل ، فهو عندهم لا يجوز بإجماع ، لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ، ويدخله أيضا علة جهل الثمن . وأما إذا قال له : أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار واقتربا قبل الخيار ، فإن كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز ؛ وقال عبد العزيز بن أبي سلمة : إنه يجوز ، وعلة المنع الجهل والغرر . وأما إن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ، ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي ؛ وأما مالك فإنه أجازه لأنه يميز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لبقلة الغرر عنده في ذلك ؛ وأما من لا يميزه فمعتبره بالغرر الذي لا يجوز ، لأنهما اختلفا على بيع غير معلوم . وبالحملة

فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز ، وأن القليل يجوز .
ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر ، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير ، وبعضهم
يلحقها بالغرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير ؛ فإذا قلنا بالجواز على
مذهب مالك ، فقبض الثوبين من المشتري على أن يختار فهلك أحدهما
أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك ؟ فقل تكون المصيبة بينهما ، وقيل بل يضمته
كله المشتري ، إلا أن تقوم البيعة على هلاكه ؛ وقيل فرق في ذلك بين الثياب
وما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه كالعبد فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن
فيما لا يغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقي ؟ قيل يلزم ، وقيل لا يلزم ،
وهذا يذكر في أحكام البيوع . وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى
هي : أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر ؛ وأما عند مالك فمنها ما يكون
عنده من باب ذرائع الربا ، ومنها ما يكون من باب الغرر ، فهذه هي المسائل
التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهي عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط
فهو وإن كان سببه الغرر فالأشبه أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل
الشروط .

(فصل) وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء
الأمصار فكثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .
(مسألة) المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرئي ، فهذا لا خلاف في بيعه .
ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ؛ فقال قوم : بيع الغائب
لا يجوز بحال من الأحوال لا ما وصف ولا ما لم يوصف ، وهذا أشهر قولي
الشافعي وهو المنصوص عند أصحابه ، أعني أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز ؛
وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته
مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين
الغائبة من غير صفة ، ثم له إذا رآها الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع وإن شاء رده .
وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وإن جاء على الصفة ؛
وعند مالك أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ؛ وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا
في الموضعين ؛ وقد قيل في المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على
شرط الخيار خيار الرؤية ، وقع ذلك في المدونة ، وأنكره عبد الوهاب وقال :

هو مخالف لأصولنا . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه ؟ فالشافعي رآه من الغرر الكثير ؛ ومالك رآه من الغرر اليسير ؛ وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية ؛ وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي تنشره ، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يحز عنده بيع السلاح في جرابه ، ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها . واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : ودنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن ابن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة ، فاشتري عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف ، فذكر تمام الخبر ، وفيه بيع الغائب مطلقا ، ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ، ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأمونا كالعقار ، ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

(مسألة) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة ، إلا أن مالكا وربيعه وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرقيقة على شرط المواضعة ، ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب ، وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ، ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا ، وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ، ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين ، وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : إنما الدين بالدين ما لم

يشرع في قبض شيء منه ، أعنى أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر ، وهو القياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

(مسألة) أجمع فقهاء الأمصار على بيع التمر الذي يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وإن لم تطب جملة معا ، واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة ، وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل ، فإن لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ، ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز ، فمثال المتميز جز القصيل الذي يُحجز مدة بعد مدة . ومثال غير المتميز المباطخ والمقائى والباذنجان والقرع ، ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان : إحداهما الجواز والأخرى المنع . وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون وأحمد وإسحاق والشافعي في هذا كله ، فقالوا : لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن خبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه ، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب ، لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء ، وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار ، أعنى ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزا . وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ، ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة . واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك ببيع إذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للأكل ، ولم يحزه الشافعي إلا مقلوعا ، لأنه من باب بيع المغيب ؛ ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره ، أجازها مالك ، ومنعه الشافعي . والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمع الأمرين . ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير

أو البركة اختلفوا فيه أيضا ، فقال أبو حنيفة : يجوز ، ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب ، وهو الذي تقتضى أصوله . ومن ذلك بيع الآبق أجازة قوم بإطلاق ، ومنعه قوم بإطلاق ومنهم الشافعي ؛ وقال مالك : إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جازا ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الإباق ويتواضعان الثمن ، أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري ، لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون ، وفيما كان من هذا الجنس . ومن قال بجواز بيع الآبق والبعر الشارد عثمان البتي . والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن شراء ما في ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم » وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة إذا كان ما يحلب منها معزوقا في العادة ، ولم يحز ذلك في الشاة الواحدة ؛ وقال سائر الفقهاء : لا يجوز ذلك إلا بكييل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده . ومن هذا الباب بيع المريض أجازة مالك إلا أن يكون ميثوسا منه ؛ ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ، وهي رواية أخرى عنه ، ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين ؛ فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ، ولم يحز بيع تراب الصاغة ؛ ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعا ؛ وأجازة قوم في الأمرين جميعا ، وبه قال الحسن البصري ، فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية . وأما اعتبار الكمية فلمهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكييل أو الموزون أو المعلوم أو المسوخ إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري ؛ واتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلوم مؤثر في صحة البيع ، وفي كل ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من جميع الأشياء المكييلة والموزونة والمعدودة والمسوخة ، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الخزاف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء . وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاد وهو عنده على أصناف : منها ما أصله

الكيل ويجوز جزافا ، وهى المكيلات والموزونات ؛ ومنها ما أصله الجزاف . ويكون مكيلا ، وهى المسوحات كالأرضين والثياب ؛ ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن ، بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا ، وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد أعيانها . وعند مالك أن التبر والفضة الغير المسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : يجوز ويكره . ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل : أى كل كيل منها بكذا ، فإكان فيها من الأكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها ؛ وقال أبو حنيفة : لا يلزم إلا فى كيل واحد وهو الذى سمياه . ويجوز هذا البيع عند مالك فى العبيد والثياب وفى الطعام ، ومنعه أبو حنيفة فى الثياب والعبيد ، ومنع ذلك غيره فى الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدق المشتري البائع فى كيلها إذا لم يكن البيع نسيئة ، لأنه يثمه أن يكون صدقه ليظهره بالثمن ؛ وعد غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشتري لنبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى تجرى فيه الصيعان ؛ وأجاز قوم على الإطلاق ؛ ومن منعه أبو حنيفة والشافعى وأحمد ؛ ومن أجاز به بإطلاق بطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ؛ ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا من يجهل الكيل ؛ ولا يجوز عند الشافعى وأبى حنيفة . والمزابنة المنهى عنها هى عند مالك من هذا الباب ، وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية ، وذلك أما فى الربويات فلموضع التفاضل ، وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

الباب الرابع فى بيع الشروط والثنيا

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة . والأصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث : أحدها حديث جابر قال « ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة » وهذا الحديث فى الصحيح . والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كل شرط ليس فى كتاب

الله فَهَوَ بَاطِلٌ وَلَوْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ» والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ، ورخص في العرايا » وهو أيضا في الصحيح خرجه مسلم . ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط » فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد والشرط جائز ، ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط جائز ، ومن قال بهذه القول ابن أبي شبرمة ؛ وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، ومن قال بهذا القول ابن أبي ليلى ؛ وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا ، فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثنيا ؛ ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث عمر الذي ذكر فيه البيع والشرط ؛ ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ؛ ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، وَلَا يَجُوزُ شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ تَتَضَمَّنْ ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ هُوَ عِنْدَكَ » . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معا ؛ وشروط تجوز هي والبيع معا ؛ وشروط تبطل ويثبت البيع ؛ وقد يظن أن عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما إن تمسك المشتري بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجازته وأبطل الشرط فيها ، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جلي والمازري والباجي ،

وتفصيله في ذلك أن قال : إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أوليين : أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة . والقسم الثاني أن يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك ، وهذا قالوا : ينقسم إلى ثلاثة أقسام : إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه ؛ وإما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام أو خاص ؛ وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع ، وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معاني البر . والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وإما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الدنيا ، مثل أن يبيع الأمة على أن لا يوطأها أو لا يبيعها ، وإما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق ، فإن كان اشترط تعجيله جاز عنده ، وإن تأخر لم يجز لعظم الضرر فيه . ويقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على أن من قوله منع بيع وشرط ، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ ، لأن في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره إلى المدينة ، وفي بعضها أنه أعاره ظهره إلى المدينة . ومالك رأى هذا من باب الضرر اليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما إن اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعها ، فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ ، وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع : متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فإنه لا يجوز عند مالك ، لأنه يكون مترددا بين البيع والسلف ؛ إن جاء بالثمن كان سلفا ، وإن لم يجيء كان بيعا . واختلف في المنهب هل يجوز ذلك في الإقالة أم لا ؟ فن رأى أن الإقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ؛ ومن رأى أنها فسخ فرق بينها وبين البيوع . واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ؛ وقيل عن ابن القاسم : لا يجوز ذلك ، لأنه شرط بمنع المبتاع

التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها ؛ فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن المواز إنه جائز في الأمد القصير . ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء ، وأجازوه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم ، وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور ؛ وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد النهي عنه مع أن الثمن يكون في المبيع مجهولا لا اقتران السلف به . وقد روى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق بخر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ، قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشروط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه ، وليس كذلك مسئلة زق الخمر ، وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طوّل فيه بالفرق ، وذلك أنه يقال له : لم كان هنا مخيرا ولم يكن هناك مخيرا في أن يترك الزق ويصح البيع ، والأشبه أن يقال إن التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران : أعني اقتران البيع به ، وكذلك البيع في نفسه جائز ، وإنما امتنع من قبل اقتران الشرط به ، وهناك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم بعينه به ، لأنه شيء محرم من قبل الشرط : ونكتة المسئلة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع ، كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضا ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي أو معقول ؟ فإن قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط ؛ فالك رآه معقولا ، والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ، ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا ، وإن ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر . واختلفوا في حكمه إذا وقع على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة . ومن هذا الباب بيع العريان فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز ؛ وحكى عن قوم من التابعين أنهم

أجازوه ، منهم مجاهد وابن سيرين ونافع . بن الحارث وزيد بن أسلم . وصورته :
أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه إن نفذ
البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ترك المشتري بذلك
الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به ؛ وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من
باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، وكان زيد يقول : أجازوه
رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم . وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب
اختلف الفقهاء فيها ، أعني هل تدخل تحت النهي عن الثنيا ، أم ليست تدخل ؟
فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملاً ويستثنى ما في بطنها ، فجمهور فقهاء الأمصار
مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على أنه لا يجوز ؛ وقال أحمد وأبو ثور
وداود ذلك جائز ، وهو مروي عن ابن عمر . وسبب الخلاف هل المستثنى
مبيع مع ما استثنى منه ، أم ليس بجميع وإنما هو باق على ملك البائع ؟ فمن قال
مبيع قال : لا يجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة
الثقة بسلامة خروجه ؛ ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك ؛ وتحصيل
مذهب مالك فيمن باع حيواناً واستثنى بعضه أن ذلك البعض لا يخلو أن يكون
شائئاً أو معيناً أو مقدراً ، فإن كان شائئاً فلا خلاف في جوازه مثل أن يبيع
عبداً إلا ربه . وأما إن كان معيناً فلا يخلو أن يكون مغيباً مثل الجنين ، أو
يكون غير مغيب ، فإن كان مغيباً فلا يجوز ، وإن كان غير مغيب كالرأس
واليد والرجل ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون ،
فإن كان مما لا يستباح ذبحه فإنه لا يجوز ، لأنه لا يجوز أن يبيع أحد غلاماً ويستثنى
رجله ، لأن حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه ، وإن كان الحيوان
مما يستباح ذبحه ، فإن باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ، ففي المذهب
فيه قولان : أحدهما أنه لا يجوز وهو المشهور ، والثاني يجوز ، وهو قول ابن حبيب
جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما إذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف
في جوازه في المذهب ، ووجه قول مالك إنه إن كان استثناءه بجلده فما تحت الجلد
مغيب وإن كان لم يستثنه بجلده فإنه لا يدرى بأي صفة يخرج له بعد كشط الجلد
عنه . ووجه قول ابن حبيب أنه استثنى عضواً معيناً معلوماً ، فلم يضره ما عليه من

الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره . وأما إن كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرفا وإما ملفوظا به جزءا مقدرا مثل أرطال من جزور ، فغن مالك في ذلك روايتان : إحداهما المنع ، وهي رواية ابن وهب ؛ والثانية الإجازة في الأرطال اليسيرة فقط ، وهي رواية ابن القاسم . وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها . واتفقوا على أنه لا يجوز أن يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات إلا بتعيين المشتري لها بعد البيع ، لأنه بيع ما لم يره المتبايعان . واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع ، فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل ؛ وروى عن مالك إجازته ؛ ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازته في استثناء الغنم . وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على أن يعينها بعد الشراء المشتري فأجازته مالك ومنعه ابن القاسم . وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيله من حائط ؛ قال أبو عمر بن عبد البر : فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألفت الكتاب على مذاهمهم لنهي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا في البيع ، لأنه استثناء مكيل من جزاف ؛ وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فلمهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه ، وحملوا النهي على الثنيا على ما فوق الثلث ، وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل مّا ، وهذا الأصل أيضا مختلف فيه ، أعني إذا استثنى منها كيل معلوم . واختلف العلماء من هذا الباب في بيع وإجارة معا في عقد واحد ، فأجازته مالك وأصحابه ، ولم يحزه الكوفيون ولا الشافعي ، لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ مجهولا ، ومالك يقول : إذا كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا ، وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة . وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف أو البيع كما قلنا . واختلف قول مالك في إجازة السلف والشركة ، فمرة أجاز ذلك ومرة منعه ، وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالأقل والأكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده علة المنع في مسألة منها منعها ، ومن لم تقو عنده أجازها ، وذلك راجع إلى ذوق اجتهد ، لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها إلى الضدين على السواء

عند النظر فيها ، ولعل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ، ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل إلى التخيير .

الباب الخامس

في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهي صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ، وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ، ونهي عن تأقي الركبان ، ونهي عن أن يبيع خاضر لباد ، ونهي عن النجش . وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد ، فقال مالك : معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » ومعنى نهي عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد ، وهى فى الحالة التى إذا ركن البائع فيها إلى السائم ولم يبق بينهما إلا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها ، ويمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث . وقال الثورى معنى « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره . وقال الشافعى : معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفرقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هى خير منها ، وهذا بناء على مذهبه فى أن البيع إنما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهى إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع ، ومختلفان فى هذه الحالة ما هى لاختلافهما فيما به يكون اللزوم فى البيع على ما سنده بعد ، وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره ، وإن وقع مضى لأنه سوم على بيع لم يتم ؛ وقال داود وأصحابه : إن وقع فسخ فى أى حالة وقع تمسكا بالعموم ؛ وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت ؛ وأنكر ابن الماجشون ذلك فى البيع فقال : وإنما قال بذلك مالك فى التكاح ، وقد تقدم ذلك . واختلفوا فى دخول الذى فى النهى عن سوم أحد على سوم غيره ، فقال الجمهور : لا فرق فى ذلك بين الذى وغيره ؛ وقال الأوزاعى : لا بأس بالسوم على سوم الذى لأنه ليس بأخى المسلم ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « لا يسوم أحد على سوم أخيه » ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وإن كان الجمهور على جوازه . وسبب

الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أو على الحظر ، ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو فى حالة دون حالة ؟ .

(فصل) وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع ، فاختلفوا فى مفهوم النهى ما هو ، فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا يتفرد المتلقى برخص السلعة ، دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق ، هذا إذا كان التلقى قريباً ، فإن كان بعيداً فلا بأس به ، وحد القرب فى المذهب بنحو من ستة أميال ، ورأى أنه إذا وقع جاز ، ولكن يشترى المشتري أهل الأسواق فى تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها . وأما الشافعى فقال إن المقصود بالنهى إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقى ، لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان يقول : إذا وقع قرب السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده . ومذهب الشافعى هو نص فى حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا تَتَلَقَّوْا الْجُلُوسَ ، فَتَنْ تَلَقَّيْ مِنْهُ شَيْئاً فَاشْتَرَاهُ فَصَاحِبُهُ بِالْخِيَارِ إِذَا أَقَى السُّوقَ » خرجه مسلم وغيره .

(فصل) وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للباد ، فاختلف العلماء فى معنى ذلك ، فقال قوم : لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً . واختلف عنه فى شراء الحضري للبدوي ، فرة أجازة ، وبه قال ابن حبيب ؛ ومرة منعه ، وأهل الحضر عندهم الأمصار ؛ وقد قيل عنه إنه لا يجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعى والأوزاعى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس أن يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعنى أن يخبر الحضري البادى بالسعر ، وأجازة الأوزاعى . والذين منعه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو إرفاق أهل الحضر ، لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهى عندهم أرخص ، بل أكثر ما يكون مجانيا عندهم : أى بغير ثمن ، فكأنهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضري للبدوي ، وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام « الدِّينُ النَّصِيحَةُ » وبهذا تمسك فى جوازه أبو حنيفة . وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

« لا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ذَرَوْا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِّنْ بَعْضٍ »
وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب ، والأشبه أن يكون من باب غبن
البدوى لأنه يرد والسعر مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ، ويكون
على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء
في الحديث الثابت . واختلفوا إذا وقع فقال الشافعى : إذا وقع فقد تم وجاز
البيع لقوله عليه الصلاة والسلام « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »
واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك ؛ فقال بعضهم : يفسخ ، وقال بعضهم :
لا يفسخ .

(فصل) وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش ، فاتفق العلماء على منع
ذلك ، وأن النجش هو أن يزيد أحده في سلعة وليس في نفسه شراؤها ، يريد
بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري ؛ واختلفوا إذا وقع هذا البيع ، فقال أهل
الظاهر : هو فاسد ؛ وقال مالك : هو كالعيب والمشتري بالخيار ، إن شاء
أن يردّ ردّ ، وإن شاء أن يمسك أمسك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : إن وقع
أثم وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد النهى وإن كان
النهى ليس في نفس الشيء بل من خارج ؛ فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ؛
ومن قال ليس يتضمن أجازه . والجمهور على أن النهى إذا ورد لمعنى في النهى
عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر ، وإذا ورد الأمر من خارج
لم يتضمن الفساد ، ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن
بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه « إنه نهى عن بيع فضل
الماء لئمنع به الكلا » وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت « أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع الماء ، ونهى عن بيع فضل الماء لئمنع به الكلا »
وقال : لا يمنع وهو بئر ولا بيع ماء . واختلف العلماء في تأويل هذا النهى ،
فحمله جماعة من العلماء على عمومته ، فقالوا : لا يحل بيع الماء بحال كان من
بئر أو غدير أو عين في أرض مملّكة أو غير مملّكة ، غير أنه إن كان مملّكا
كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه قال يحيى بن يحيى قال : أربع لأرى أن
يمنع : الماء ، والنار ، والخطب ، والكلا . وبعضهم خصّص هذه الأحاديث
بحارضة الأصول لها ، وهو أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفس ، منه كما قال

عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع ، والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه ، فقال قوم : معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما ، فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ، ولا يروى في اليوم الذي لشريكه زرع ، فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم . وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بثره ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بثره ، والتأويلان قريبان ، ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقا ، ثم نهى عن منع فضل الماء ، فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا : الفضل هو الممنوع في الحديثين . وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان في أرض مملكة منبعه فهو لصاحب الأرض له بيعه ومنعه ، إلا أن يرد عليه قوم لا تمن معهم ويخاف عليهم الهلاك ، وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الأرضين الغير مملكة ، فرأى أن صاحبها : أعنى الذي حفرها أولى بها ، فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس ؛ وكأنه رأى أن البئر لا تملك بالإحياء . ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها ، وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها ، لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَفَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع إذا وقع . فأما حكم البيع فقال مالك : يفسخ ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ وأثم البائع والمشتري . وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد النهي إذا كان لعله من خارج . وأما الوقت الذي ينتقل فيه المنع إلى الجواز ؛ فقال مالك : حد ذلك الإثغار ؛ وقال الشافعي : حد ذلك سبع سنين أو ثمان ؛ وقال الأوزاعي : حده فوق عشر سنين ، وذلك أنه إذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن أمه . ويلحق بهذا الباب إذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ . وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث رد ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك ؛ ولجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له

أنه يغبن في البيوع ، ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد في ذلك حكم
الوالدة ، وقوم رأوا ذلك في الإخوة .

الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات

وذلك إنما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي إلى الجمعة فقط لقوله تعالى
- إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا
الْبَيْعَ - وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب ، أعني منع البيع عند الأذان الذي
يكون بعد الزوال والإمام على المنبر . واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ
أو لا يفسخ ؟ ، فإن فسخ فعلى من يفسخ ؟ وهل يالحق سائر العقود في هذا
المعنى بالبيع أم لا يالحق ؟ فالمشهور عن مالك أنه يفسخ ، وقد قيل لا يفسخ ،
وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة . وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة هل
النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أو لا يقتضيه ؟ وأما على
من يفسخ ؟ فعند مالك على من يجب عليه الجمعة لا على من لا يجب عليه . وأما
أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود
فيحتمل أن تلحق بالبيوع ، لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن
السعي إلى الجمعة ، ويحتمل أن لا يالحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادرا بخلاف
البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب
الوقت ، فإذا فات فعلى جهة الحظر ، وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ،
ولذلك مدح الله تارك البيوع لمكان الصلاة ، فقال تعالى - رِجَالٌ لَا تُلْهِيهِمْ
تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَإِقَامِ الصَّلَاةِ وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ - .

وإذا قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب
والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

(القسم الثاني) والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد
الأسباب المفسدة له ، وهي منحصرة في ثلاثة أجناس : النظر الأول :
في العقد . والثاني : في العقود عليه . والثالث : في العاقدين ، ففي هذا القسم
ثلاثة أبواب .

الباب الأول في العقد

والعقد لا يصح إلا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع : قد بعت منك ، ويقول المشتري : قد اشتريت منك ، وإذا قال له بعتي سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها . فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعذر ، وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت ، وكذلك إذا قال المشتري للبائع : بكم تباع سلعتك ؟ فيقول المشتري بكذا وكذا ، فقال : قد اشتريت منك . اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك ، وعند الشافعي أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ، ولا أذكر لمالك في ذلك قولاً ، ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ، ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يترأخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس ، أعني أنه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع . واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة : إن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفترقا ، وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم : البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا ، فليس يلزم البيع ولا ينعقد ، وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروي عن ابن عمر وأبي برزة الأسلمي من الصحابة ولا يخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المتبايعان كمثل واحدٍ منهنَّما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار » ، وفي بعض روايات هذا الحديث « إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختَر » وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد . وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث . فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به أنه

لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال : « أيما بيعين تباعا فالقول قول البائع أو يتراد أن » فكأنه حمل هذا على عمومته ، وذلك يقتضى أن يكون في المجلس وبعد المجلس ، ولو كان المجلس شَرْطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف في المجلس لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل الافتراق من المجلس ، وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبى هذا على ذلك ، وهذا الحديث لم يخرج أحد مسنداً فيما أحسب ، فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية ، وعلى القياس ، فن أظهر الظاهر في ذلك قوله عز وجل - يا أيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب ، وبخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ، لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا . وأما القياس فإنهم قالوا : عقد معاوضة ، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد ، فلما قيل لهم إن الظواهر التى تحتجون بها بخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق لكم في مقابلة الحديث إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإن كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا : ولنا فيه تأويلان : أحدهما أن المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقليل لهم إنه يكون الحديث على هذا لافائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذ لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا إن التفرق ههنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى - وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ - والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة ، والحقيقة هى التفرق بالأبدان ، ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى ، والحكمة في ذلك هى لموضع الندم ، فهذه هى أصول الركن الأول الذى هو العقد .

(وأما الركن الثاني) الذى هو المعقود عليه ، فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا ، وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف فى ذلك ، فلا معنى لتكراره . والغرر ينتفى عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه ، وذلك فى الطرفين الثمن والمثمن معلوم الأجل أيضا إن كان يبيعا مؤجلا .

(وأما الركن الثالث) وهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تسمى الوكالة بالغير ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما ، إما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذونا له فى التجارة . واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى ، هل ينهقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضى به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه إن رضى المشتري صح الشراء وإلا لم يصح ، فزعم الشافعى فى الوجهين جميعا ، وأجاز مالك فى الوجهين جميعا ، وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء . وعمدة المالكية ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي دينار وقال : اشتر لنا من هذا الحلب شاة » ، قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعث إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار ، فقلت : يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال : اللهم بارك له فى صفقة يمينه » ووجه الاستدلال منه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبى حنيفة فى صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعى فى الأمرين جميعا . وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، المالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا : والدليل على ذلك أن النهى إنما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده . وسبب الخلاف المسئلة المشهورة ، هل إذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم ؟ فهذه هى أصول هذا القسم ، وبالحملة فالنظر فى هذا القسم هو منطو بالقوة فى الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى أن يفرد بالتكلم فيه . وإذا قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلننصر إلى القسم الثالث ، وهو القول فى الأحكام العامة للبيوع الصحيحة .

(القسم الثالث : في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة) وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جمل : الحملة الأولى : في أحكام وجود العيب في المبيعات . والحملة الثانية : في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى ملك المشتري . والثالثة : في معرفة الأشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه . والرابعة : في اختلاف المتبايعين ، وإن كان الأليق به كتاب الأقضية . وكذلك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق ، وكذلك الشفعة هي أيضا من الأحكام الطارئة عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

(الحملة الأولى) وهذه الحملة فيها بابان : الباب الأول : في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق . والباب الثاني : في أحكامهما في البيع بشرط البراءة .

الباب الأول في أحكام العيوب في البيع المطلق

والأصل في وجود الرد بالعيب قوله تعالى - **إِلَّا أَنْ تَكُونُوا تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** - وحديث المصراة المشهور ، ولما كان القائم بالغيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد ، أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ، ثم إذا قام في عقد يوجب الرد ، فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أو لا يوجب ، ثم إن قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لا يكون ، فإن كان لم يحدث فما حكمه ؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها ؟ كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة : الفصل الأول : في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم ، من التي لا يجب ذلك فيها . الثاني : في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها . الثالث : في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير : الرابع : في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها . الخامس : في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين ، وإن كان أليق بكتاب الأقضية .

الفصل الأول

في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب فيها
أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي العقود التي
المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة
لاخلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالحبات لغير الثواب والصدقة ؛
وأما ما بين هذين الصنفين من العقود . أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة
مثل هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لاحكم فيها بوجود العيب ، وقد قيل
يحكم به إذا كان العيب مفسدا .

الفصل الثاني

في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها
وفي هذا الفصل نظران : أحدهما : في العيوب التي توجب الحكم . والنظر .
الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الأول) فأما العيوب التي توجب الحكم : فمنها عيوب في النفس ؛
ومنها عيوب في البدن ، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع
وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ؛ ومنها ما هي عيوب توجب الحكم
وإن لم يشترط وجود أضدادها في المبيع : وهذه هي التي فقدتها نقص في أصل
الخلقة ؛ وأما العيوب الأخر فهي التي أضدادها كدالات ، وليس فقدتها
نقصا مثل الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس ، وقد
يوجد في أحوال الجسم . والعيوب الجسمانية . منها ما هي في أجسام ذوات الأنفس ،
ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس . والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند
الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن
المبيع : وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما
كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع . كالخفاف في الإماء ، والختان
في العبيد ، ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف
بين الفقهاء في ذلك ، ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين

الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره ، فمن ذلك وجود الزنى في العبيد . اختلف العلماء فيه ؛ فقال مالك والشافعي : هو عيب ؛ وقال أبو حنيفة : ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة ؛ والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدين ، وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج ؛ وقال الشافعي : ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب . والحمل في الرأفة عيب عند مالك . وفي كونه عيبا في الوخش خلافت في المذهب . والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير ، وحجتهم حديث المصراة المشهور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا تُصْرُوا الإبلَ والبقرَ ، فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين إن شاء أمستكتها وإن شاء ردّها وصاعا من تمر » قالوا : فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية ، وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا . قالوا : وأيضا فإنه مدلس ، فأشبهه التدليس بسائر العيوب . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا أن ذلك ليس بعيب . قالوا : وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الأصول ، وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه : فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام « الحراج بالضمآن » وهو أصل متفق عليه ؛ ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة ، وذلك لا يجوز باتفاق ؛ ومنها أن الأصل في المتلفات إما القيم وإما المثل ، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول : أي الخراف بالملكيل المعلوم ، لأن اللبن الذي دلّس به البائع غير معلوم القدر ، وأيضا فإنه يقل ويكثر ، والعوض ههنا محدود ، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص . ولكن اطرء إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول : إنه لا خلاف عندهم في الغور والعمى وقطع البد والرجل أنها عيوب مؤثرة ، وكذلك المرض في أي عضو كان ، أو كان في جملة

البلد ، والشيب في المذهب عيب في الرائحة ، وقيل لأبأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوخش ، وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب ، والزعر عيب ، وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق . وبالحملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة : أعنى نقص منها فهو عيب ، والبول في الفراش عيب ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : تردّ الجارية به ، ولا يرد العبد به ، والتأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب هذا كله في المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثاني) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها ، فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول : انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ، ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع ، وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام ، وذلك من جمع العيوب الحادثة فيها عند المشتري . وعهدة السنة ، وهي من العيوب الثلاثة : الجذام والبرص والجنون ، فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع ، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاث عند المالكية بالحملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري إلا من الأدواء الثلاثة ، وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لأني الذمة ، هذا ما لا خلاف فيه في المذهب ، واختلف في غير ذلك . وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الأشهر من المذهب ، وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث إن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث . وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء ، هذا هو الظاهر من المذهب ، وفيه اختلاف . وقال الفقهاء السبعة : لا يتداخل منها عهدة مع ثانية ، فعهدة الاستبراء أولا ، ثم عهدة الثلاث ، ثم عهدة السنة . واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ؟ فروى عنه الوجهان ، فإذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد إلا أن يكونوا قد

حلوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب ، ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في عهدة السنة ، والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع ، فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة ، فلنرجع إلى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . وأما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عول عليها ، فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فإنهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة ابن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « عُهُدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ » وروى أيضاً « لَا عُهُدَةَ بَعْدَ أَرْبَعٍ » وروى هذا الحديث أيضاً الحسن عن سمرة بن جندب الفزاري رضى الله عنه ، وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول ، فإنهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة ، وإن كان الترمذى قد صححه وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ، ورأوا أنها لو صحت مخالفة للأصول ، وذلك أن المسلمين يجمعون على أن كل مصينة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المقرر إنما يكون بسماع ثابت ، ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفاً في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة ، فإنه لم يأت في ذلك أثر . وروى الشافعى عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال : ما علمت فيها أمراً سالفاً . وإذا قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجه وتقرر الشرط في ذلك ، وهو أن يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة ، فلننصر إلى ما بقى .

الفصل الثالث

في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير

وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشتري فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما إن كان عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : إن

كان العيب يسيرا لم يجب الرد ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرض ، وإن كان كثيرا وجب الرد ، هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل : وأما العروض فالمشهور في المذهب أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول ، وقد قيل إنها بمنزلة الأصول في المذهب ، وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رحمة الله عليهما ، وكان يقول : إنه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول والعروض ، وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الأصول : أعنى أن يفرق في ذلك أيضا في العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد ، وهو الذي عليه فقهاء الأمصار ، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الأصول ، ولم يختلف قولهم في الحيوان إنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) وإذا قد قلنا إن المشتري يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له ، فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب ، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك ، إلا ابن سريج من أصحاب الشافعى فإنه قال : ليس لهما ذلك لأنه خيار في مال ، فلم يكن له إسقاطه يعوض كخيار الشفعة . قال القاضى عبد الوهاب : وهذا غلط ، لأن ذلك حق للمشتري فله أن يستوفيه : أعنى أن يرد ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوض على تركه ، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد لنا ، فإن له عندنا تركه إلى عوض يأخذه ، وهذا لا خلاف فيه . وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبيل التبعيض : أحدهما هل إذا اشترى المشتري أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا ، فهل يرجع بالجميع ، أو بالذى وجد فيه العيب ؟ فقال قوم : ليس له إلا أن يرد الجميع أو يمسك ، وبه قال أبو ثور والأوزاعى ، إلا أن يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فإن هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط ، وإنما الخلاف إذا لم يسم . وقال قوم : يرد المعيب بمحضته من الثمن وذلك بالتقدير ، ومن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره : وروى عن الشافعى القولان معا . وفرق مالك فقال : ينظر في المعيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته . وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال : إن وجد العيب قبل القبض رد

الجميع ، وإن وجدته بعد القبض رد المغيب بحصته من الثمن . ففي هذه المسئلة أربعة أقوال : فحجة من منع التبعض في الرد أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها . ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المغيب ولا بد فلأنه موضع ضرورة ، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على أن ما فات في البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ، لأنه رأى أن ذلك المغيب إذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراده المشتري أو البائع . وأما عند ما يكون مقصودا أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك . واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المغيب خاصة . وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يقبض أو لا يقبض ، فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع ، وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

(وأما المسئلة الثانية) فإنهم اختلفوا أيضا في رجائين يبتاعان شيئا واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر ، فقال الشافعي : لمن أراد الرد أن يرد ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل ليس له أن يرد ؛ فن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين ، لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ؛ ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعض رد المبيع بالعيب .

الفصل الرابع

في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها

وأما إن تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما إن تغير بموت أو فساد أو عتق ، ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب . وقال عطاء بن أبي رباح : لا يرجع في الموت والعتق بشيء . وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها . وكذلك التدبير عندهم ، وهو

القياس في الكتابة . وأما تغيره في البيع فإنهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعي : إذا باعه لم يرجع بشيء ، وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تفصيل ، وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب . وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب ، وإن باعه بأكثر من الثمن نظر ، فإن كان البائع الأول مدلسا : أي عالما بالعيب لم يرجع الأول على الثاني بشيء ، وإن لم يكن مدلسا رجع الأول على الثاني في الثمن والثاني على الأول أيضا ، وينفسخ البيعان ويعود المبيع إلى ملك الأول ، فإن باعه من عند بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لا رجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبي حنيفة والشافعي ؛ وقال ابن عبد الحكم : له الرجوع بقيمة العيب ؛ وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن ، هذا إذا باعه بأقل مما اشتراه ، وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر ، وبه قال عثمان البتي . ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه إذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا من غير أن يعتبر تأثير بالعيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع على البائع الأول بلا خلاف . ووجه القول الثاني تشبيهه البيع بالعق . ووجه قول عثمان وأشهب أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الإمساك أو الرد للجميع ، فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له إلا ما نقص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب . وقال مالك : إن وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب ؛ وقال أبو حنيفة لا يرجع ، لأن هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضي منه بذلك طلبا للأجر ، فيكون رضاه بإسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقامس الهبة على العتق ، وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك إذا فات ولم يمكنه الرد ، لأن إجماعهم على أنه إذا كان في يده فليس يجب له إلا الرد أو الإمساك ، دليل على أنه ليس للعيب تأثير في إسقاط شيء من الثمن ، وإنما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والإجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك ، فقال ابن القاسم : لا يمنع ذلك من

الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع ؛ وقال أشهب : إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب ، وقول ابن القاسم أولى ، والهبة للثواب عند مالك كالبيع في أنها فوت ، فهذه هي الأحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

باب في طرق والنقصان

وأما إن طرأ على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس . فأما نقصان القيمة لاختلاف الأسواق ، فغير مؤثر في الرد بالعيب بإجماع . وأما النقصان الحادث في البدن ، فإن كان يسيرا غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب ، وحكمه حكم الذي لم يحدث ، وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة ، فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال : أحدها أنه ليس له أن يرجع إلا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك إذا أبى البائع من الرد ، وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة ، وقال الثوري : ليس له إلا أن يرد ، ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده ، وهو قول الشافعي الأول . والقول الثالث قول مالك : إن المشتري بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يردّه على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده ، وأنه إذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع للمشتري : أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، وقال المشتري : بل أنا أمسك المبيع ، وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، فالقول قول المشتري والخيار له ، وقد قيل في المذهب القول قول البائع ، وهذا إنما يصح على قول من يرى أنه ليس للمشتري إلا أن يمسك أو يرد . وما نقص عنده . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : له أن يرد ولا شيء عليه . وأما حجة من قال : إنه ليس للمشتري إلا أن يرد ويرد قيمة العيب ، أو يمسك ، فلأنه قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس إلا الرد ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم ، وإن حدث عند المشتري عيب مع إعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده . وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشيء وإنما له قيمة العيب الذي كان عند البائع ، فقياسا على العتق والموت

لكون هذا الأصل غير مجمع عليه ، وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار ، لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين : إما أن يكون مفرطاً في أنه لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري ، أو يكون علمه فدلس به على المشتري . وعند مالك أنه إذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده ، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت أنه دلس فيه . وأما حجة أبي محمد ، فلأنه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع ، فإن الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه ، وإنما انعقد في الظاهر ، وأيضاً فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصة إلا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله ، فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن . وأما العيوب التي في النفس كالإباق والسرقة ، فقد قيل في المذهب إنها تُفَيِّتُ الرد كعيوب الأبدان ، وقيل لا ، ولا خلاف أن العيب الحادث عند المشتري إذا ارتفع بعد حدوثه أنه لا تأثير له في الرد إلا أن لا تؤمن عاقبته . واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطاء الجارية ، فقال قوم : إذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب ، وسواء كانت بكراً أو ثيباً ؛ وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال الشافعي : يرد قيمة الوطاء في البكر ولا يردها في الثيب ؛ وقال قوم : بل يردها ويرد مهر مثلها ، وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى ؛ وقال سفيان الثوري : إن كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها ، وإن كانت بكراً رد العشر من ثمنها ؛ وقال مالك : ليس عليه في وطاء الثيب شيء لأنه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه ، وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي ؛ وقال عثمان البتي : الوطاء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق ، فإن كان له أثر في القيمة رد البائع ما نقص ، وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شيء ، فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات ، وأما الزيادة الحادثة في البيع : أعني المتولدة المنفصلة منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعي إلى أنها غير مؤثرة في الرد وأنها للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » . وأما مالك

فاستثنى من ذلك الولد فقال : يرد للبائع ، وليس للمشتري إلا الرد الزائد مع الأصل أو الإمساك . قال أبو حنيفة : الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب . وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد ، فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتاً يقتضى أرش العيب إلا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فإنها إن كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فإنها توجب الخيار في المذهب ، إما الإمساك والرجوع بقيمة العيب ، وإما في الرد وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة . وأما البناء في البدن مثل السّمْن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشتري ، وقيل لا يثبت ، وكذلك النقص الذي هو الهزال ، فهذا هو القول في حكم التغيير .

الفصل الخامس

في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الأحكام فإنه إذا تقارّ البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال ، فإن أنكر البائع دعوى القائم ، فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده . فإن أنكر وجود العيب بالمبيع فإن كان العيب يستوي في إدراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة مّا ، شهد به أهل تلك الصناعة ، ففيل في المذهب عدلان . وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام ، وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة ، وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده ، فإن لم يكن للمشتري بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ، وإن لم تكن له بينة^١ على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما إذا وجب الأرش فوجه الحكم في ذلك أن يقوم الشيء سليماً ويقوم معيباً ويرد المشتري ما بين ذلك ، فإن وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم

(١) لعله وإن كانت له بينة .

بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري ، فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وإن أبى المشتري الرد وأحب الإمساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

الباب الثاني في بيع البراءة

اختلف العلماء في جواز هذا البيع . وصورته أن يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم ، فقال أبو حنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ، سماه أولم يسمه ، أبصره أولم يبصره ، وبه قال أبو ثور . وقال الشافعي في أشهر قولي وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشتري ، وبه قال الثوري . وأما مالك فلا شهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ، وذلك في الرقيق خاصة ، إلا البراءة من الحمل في الجوارى الرائعات ، فإنه لا يجوز عنده لعظم الضرر فيه ، ويجوز في الوخش . وعنه في رواية ثانية : أنه يجوز في الرقيق والحيوان . وفي رواية ثالثة مثل قول الشافعي . وقد روى عنه أن بيع البراءة إنما يصح من السلطان فقط ، وقيل في بيع السلطان وبيع الموارث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة . وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع ، فإذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة . وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الضرر فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب الغبن والغش فيما علمه ، ولذلك اشترط جهل البائع مالك . وبالحملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة ، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام داء لم تسمه ، فاختصما إلى عثمان ، فقال الرجل : باعني عبدا وبه داء لم يسمه لي ، وقال عبد الله : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد . وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة . وإنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية . وبالحملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ،

ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ، ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه السلطان ، وفي قضاء الديون خاصة . وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع ، والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بالشرط : أعنى إذا اشترطها إلا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط . فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه ، وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ، ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا ، وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

(الحملة الثانية : في وقت ضمان المبيعات) واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أنى تكون خسارته إن ملك منه . فقال أبو حنيفة والشافعي : لا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما مالك فله في ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية ، وهو الجراف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد . فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه . وأما المبيع الغائب ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع . والثانية أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع . والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء . والخلاف في هذه المسئلة مبني هل على القبض شرط من شروط العقد ، أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فن قال انقبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ؛ ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع وقد انعقد ولزم قال : العقد يدخل في ضمان المشتري . وتفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسان ، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل . وذهب أهل

الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري وفيما أحسب ، وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الحراج قبل القبض للمشتري ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الحراج بال ضمان » وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى مكة قال له « انْتَهَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا كُمْ يَقْبِضُوا وَرَبِّحْ مَا كُمْ يَضْمَنُوا » وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ، ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح . وإذ قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر ههنا الجوائح .

القول في الجوائح

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار ، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ، ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث . فعمدة من قال بوضعها حايث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ بَاعَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَلَا يَأْخُذُ مِنْ أَخِيهِ شَيْئًا ، عَلَى مَاذَا يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ ؟ » خرجه مسلم عن جابر . وماروهى عنه أنه قال « أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح » . فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان ، وقياس الشبه أيضا ، وذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقرى على البائع فيه حق توفية ، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقرى فيها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهى عن بيع ما لم يخلق ، فوجب أن يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات . وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وأن التخلية فى هذا المبيع هو القبض . وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضا حديث أبى سعيد الخدرى قال « أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَىَّ ، فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلاَ تَيْسَ لَكُمْ ذَلِكَ » قالوا : فلم يحكم

بالجائحة . فسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيهما وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل ، فقال من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا ثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور ، وقال من أجازها في حديث أبي سعيد : يمكن أن يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر ، وكان يضعفه ويقول : إنه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال : إن ثبت الحديث وسبب وضعها في القليل والكثير ، ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش ، وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على إثباتها .

والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول : الأول : في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح . الثاني في محل الجوائح من المبيعات الثالث : في مقدار ما يوضع منه فيه . الرابع : في الوقت الذي توضع فيه .

الفصل الأول في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح

وأما ما أصاب الثمرة من السواء مثل البرد والقحط وضده والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة . وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة . وأما ما أصاب من صنع آدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة . والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين : فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة^١ جائحة مثل السرقة ، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة آدميين جائحة بأي وجه كان ، فن جعلها في الأمور السبوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام

(١) غافصه : أخذه على غرة .

« أَرَأَيْتَ إِنْ مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَ ؟ » ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه .

الفصل الثاني في محل الجوائح من المبيعات

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول : فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب ، وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر فيها الحائجة ، وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر .

الفصل الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه

وأما المقدار الذي يجب فيه الحائجة ، أما في الثمار فالثالث ، وأما في البقول فقليل في القليل والكثير ، وقليل في الثالث ، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل . وأشهب يعتبر الثلث في القيمة ، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن ، وسواء كان ثلثا في الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل ، فإن كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حظه عنه من الثمن الثالث ، وإن كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الداهب من قيمة الجميع ، فإذا كان قدره حظه بذلك انقدر من الثمن ، ففي موضع يعتبر المكيلة فقط ، حيث تستوى القيمة في أجزاء الثمرة ويطونها وفي موضع يعتبر أمرين جميعا حيث تختلف القيمة ، والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوما أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق ، وأيضا فإن الحائجة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير . قالوا : وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث ، إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة ، وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل ، فقرة يجعل الثلث من حيز الكثير كمجعله إياه ههنا ، ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس .

عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال الشافعى : لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير ، وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام « الثلث ، الثلث ، والثلث كثير » .

الفصل الرابع فى الوقت الذى توضع فيه

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رموس الشجر حيث يستوفى طيبه . واختلفوا إذا أبقاه المشتري فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا ، فقل فى الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ؛ فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ؛ ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة ، أعنى من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال : بوجوب الجائحة فيه ؛ ومن لم ير الأمر فيهما واحدا قال : ليس فيه جائحة ، ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول .

(الجسلة الثالثة من جمل النظر فى الأحكام) وهو فى تابعات المبيعات ، ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان : الأولى بيع النخيل وفيها الثمر متى يتبع بيع الأصل ومضى لا يتبعه ؟ فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤثر فإن الثمر للمشتري ، وإذا كان البيع بعد الإبرار فالثمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل ، وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتْ فَشْمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » قالوا : فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمن للبائع بعد الإبرار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الإبرار بلا شرط ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هى للبائع قبل الإبرار وبعده ، ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والأولى ، قالوا : وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبرار فهى أخرى أن تجب له قبل الإبرار . وشبهوا خروج الثمر بالولادة ، وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأدر فى الثمن . وقال ابن أبى ليلى : سواء أبر

أو لم يؤثر إذا بيع الأصل فهو للمشتري بشرطها أو لم يشترطها ، فرد الحديث بالقياس ، لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول إلا إن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ، وإنما خالف مفهوم الدليل فيه . فإذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب للدليل مفهوم الأخرى والأولى ، وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف ، وإن كان فى الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى فعارضة القياس للسمع ، وهو كما قلنا ضعيف . والإبرر عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل فى طلع إناثها ، وفى سائر الشجر أن ننور وتعقد ، والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الإبرر ، وإبرر الزرع مختلف فيه فى المذهب ، فروى ابن القاسم عن مالك أن إبرره أن يفرك قياسا على سائر الثمر ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبرر أو وقت الإبرر ؟ قبل الوقت ، وقبل الإبرر ، وعلى هذا ينبتنى الاختلاف إذا أبرر بعض النخل ولم يؤثر البعض ، هل يتبع ما لم يؤثر ما أبرر أو لا يتبعه ؟ واتفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع ثمر وقد دخل وقت الإبرر فلم يؤثر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهى اختلافهم فى بيع مال العبد ، وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق ؟ على ثلاثة أقوال : أحدها أن ماله فى البيع والعتق لسيدته ، وكذلك فى المكاتب ، وبه قال الشافعي والكوفيون . والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق ، وهو قول داود وأبى ثور . والثالث أنه تبع له فى العتق لافى البيع إلا أن يشترطه المشتري ، وبه قال مالك والليث . فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيدته إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَقَالَ لَهُ لِلَّذِي بَاعَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُبْتَاعُ » ومن جعله لسيدته فى العتق فقياسا على البيع . وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا : أعنى هل يملك العبد أو لا يملك ؟ ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على السماع ، لأن حديث

ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالم ، لأن نافعا رواه عن ابن عمر وسلم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم : وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع . وقال مالك في الموطأ : الأمر المختص عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ أَعْتَقَ غُلَامًا فَقَالَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَنْفِيَهُ سَيِّدُهُ » ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم ، وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم . وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقدا ، وقالوا : العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع . واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع ، فقال ابن القاسم : لا يجوز ، وقال أشهب : جائز أن يشترط بعضه ، وفرق بعضهم فقال : إن كان ما اشترى به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجوز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم ، وإن كان ما اشترى به عروضاً أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز . ووجه قول ابن القاسم إنه لا يجوز أن يشترط بعض تشبيهه بثمر النخل بعد الإبار . ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل ، وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه . ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان ، أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟ وفائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك ، وأيضا من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة البيع ، ومن لم يجعلها من الثمن : أننى الزيادة لم يوجب شيئا من هذا ، فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشقيع ولا في بيع المراجعة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك ، وقال الشافعي : لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو في حكم الهبة ، واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل - وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَيْنِ بَعْدِ الْفَرِيقَةِ - قالوا : وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق

لحقت في البيع بالثمن : واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على أنها لا تلحق في الشفعة وبالحملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال : الزيادة هبة ؛ ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الحملة الرابعة) وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بيئة ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاسخان بالحملة ويختلفون في التفصيل ، أعنى في الوقت الذي يحكم فيه بالإيمان والتفاسخ ، فقال أبو حنيفة وجماعة : إنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة ، فإن فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه . وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك : يتحالفان في كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان : إحداهما أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشتري . والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة ؛ وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب ، والقوت عنده يكون بتغيير الأسواق وبزيادة المبيع ونقصانه . وقال داود وأبو ثور : القول قول المشتري على كل حال ، وكذلك قال زفر ، إلا أن يكونا اختلفا في جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ، ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثلون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الحملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيْمَانًا بَيِّعَتَيْنِ تَبَايَعَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ أَوْ يَتَرَادَّانِ » فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال : يتحالفان في كل حال ويتفاسخان ، والعلة في ذلك عنده أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري قال : إذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشتري وشبهة لصدقه ، واليمين إنما يجب على أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا هو أصل مالك في الإيمان ، ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى ، وفي مواضع على المدعى عليه ، وذلك أنه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه من حيث هو مدعى عليه ، وإنما وجبت عليه من حيث هو في الأكثر أقوى شبهة ، فإذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب

أن يكون اليمين في حيزه . وأما من رأى القول قول المشتري ، فإنه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء ومدّع عليه عدداً ما في الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لأنه منقطع ولذلك لم يخرج الشيخان البخاري ومسلم ، وإنما خرج مالك . وعن مالك : إذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان : إحداهما الفسخ ، والثانية أن القول قول البائع . وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف ، فالأشهر البائع على ما في الحديث ، وهل إذا وقع التماسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه ؟ فيه خلاف في المذهب .

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع) وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع ، فنقول : اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت ولم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق أن حكمها الرد أعني أن يرد البائع الثمن والمشتري المثلون . واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة ، وكذلك إذا نمت أو نقصت فقال الشافعي : ليس ذلك كله قوتا ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وأن الواجب الرد ، وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما روى عنه ابن وهب في الربا أنه ليس بموت ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة . والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة . فأما المحرمة فإنها إذا فاتت منضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحته عنده ، وربما صح عنه بعض البيوع الفاسدة بالقبض لحفة الكراهة عنه في ذلك ، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهي في هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعني بيع الربا والغرر ، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ، لأنه قد قبض السلعة وهي تساوى ألفاً وترد وهي تساوى خمسمائة أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتاً في المبيع الفاسد ، ومالك يرى في البيع والسلف أنه إذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن ، لأن المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن يرد أكثر من ذلك ، وإن كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف ،

فإذا وجبت على المشتري القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن ، لأن هذه البيوع إنما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل الساف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ، ومالك في هذه المسئلة أفقه من الجميع . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض : أعني شرط السلف ، هل يصح البيع أم لا ؟ فقال أبو حنيفة والشافعي وماتر العلماء : البيع مفسوخ ؛ وقال مالك وأصحابه : البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال : البيع مفسوخ . وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور : وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد النهي فإذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد ، كما أن رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه . وروى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر ، فلما انعقد البيع بينهما قال : أنا أدع الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فوجب أن يكون بيع السلف كذلك ، فجواب عن ذلك بحجاب لا تقوم به حجة ، وقد تقدم القول في ذلك . وإذا قد انقضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة ، وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر إلى ما يخص واحدا واحدا من هذه الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجري مجرى الأصول .

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان : أحدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الباب ينحصر في خمسة أجناس : الأول : في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة . الثاني : في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل ، إذ هذان القسمان يتقسمان بتفصيل كثيرة فيعرض هنالك الخلاف . الثالث : فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة إلى أحد هذين أعني الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع

وهو مالك وأصحابه ، وهذا ينقسم أيضا إلى نوعين كانقسام أصله . الخامس في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان : أعني عدم النساء والتفاضل أو كليهما ، وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة . وأنت إذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة إلى هذه الأجناس الخمسة ، أو إلى ما يتركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه ، مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل إدخال الملكية فى الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف ، لكن لما كان الفاسد منها يثول إلى أحد هذين الأصلين ، أعني إلى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض ، لكن لما كان قصدا إنما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب ، فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ، ويكفى من ذلك ما هو مساو بلحرم هذا الكتاب أو أقل ، وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا يحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد متفقه زمانا يظنون أن الأفقه هو الذى حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها ، وهو بين أن الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان يقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صنائع الخفاف ضرورة ، وهو الذى يصنع لكل قدم خفا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقه فى هذا الوقت وإذا قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدنا بها .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلاً بمثل يدا بيد ، إلا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط ، وإنما صار ابن عباس

لذلك لما رواه عنه أسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ربا إلا في النسيئة » وهو حديث صحيح ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا في النسيئة . وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بفضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بفضها على بعض ، ولا تبيعوا مئنة شئنا غائباً بئنا جزير » وهو من أصح ما روى في هذا الباب . وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب ، فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث إذ كانت نصاً في ذلك . وأما حديث ابن عباس فإنه ليس بنص في ذلك لأنه روى فيه لفظان : أحدهما أنه قال « إنما الربا في النسيئة » وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما إذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر وهو « لا ربا إلا في النسيئة » فهو أقوى من هذا اللفظ لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس بربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله « لا ربا إلا في النسيئة » من جهة أن الواقع في الأكثر ، وإذا كان هذا محتملاً والأول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما . وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلا ما روى عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيه أجره الضرب ويأخذ منهم دنائير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه ، فقال : إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء . وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المعروف :

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة

وفيه حلية فضة ، أو بالذهب وفيه حلية ذهب ، فقال الشافعي : لا يجوز ذلك
لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب ، وقال
مالك : إن كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه ، أعني
بالفضة إن كانت حليته فضة ، أو بالذهب إن كانت حليته ذهباً وإلا لم يجوز ،
وكانه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كأنها
هبة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت
الفضة أكثر من الفضة التي في السيف ، وكذلك الأمر في بيع السيف المحلى
بالذهب ، لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب
أو الفضة المشتراة به ، ويبقى الفضل قيمة السيف . وحجة الشافعي عموم
الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصاري
أنه قال « أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يخير بقلادة فيها ذهب ونحرز
وهي من المغنم تباع ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي
في القلادة ينزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذَّهَبُ
بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوَزْنٍ » خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على
الإطلاق ، وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال : لا أسكن في أرض أنت فيها لما
رواه من الحديث .

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناهجاً :
واختلفوا في الزمان الذي يحد هذا المعنى ، فقال أبو حنيفة والشافعي : الصرف
يقع ناهجاً ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر القبض ؛ وقال مالك : إن
تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه .
وسبب الخلاف تردددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ »
وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ؛ فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن
لم يفترق من المجلس ، أعني أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال : يجوز التأخير
في المجلس ؛ ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على
الفور قال : إن تأخر القبض عن العقد في المجلس بطل الصرف لاتفاقهم على
هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار ، إلا ما حكى عن

أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار . واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما ، فمرة قيل فيه إنه مثل الذي يقع بالاختيار ، ومرة قيل إنه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اضطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا ، فأراد رده ، فقال مالك : ينتقض الصرف ، وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار ، فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صرف دينار . قال : وإن رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء . وقال أبو حنيفة : لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ، ويجوز تبديله إلا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر ، فإن ردها بطل الصرف في المردود . وقال الثوري : إذا رد الزيوف كان مخيرا إن شاء أبطلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك في الدنانير : أعني لصاحب الدنانير . وقال أحمد : لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا . وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البطل في الصرف ، وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو أحسن . وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان ، فيتحصل لفقهاء الأمصار في هذه المسئلة أربعة أقوال : قول بإبطال الصرف مطلقا عند الرد ؛ وقول بإثبات الصرف ووجوب البطل ؛ وقول بالفرق بين القليل والكثير ؛ وقول بالتخير بين بدل الزائف أو يكون شريكا له . وسبب الخلاف في هذا كله : هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة ؟ وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير ؟ وأما وجود النقصان فإن المذهب اضطرب فيه ، فمرة قال فيه إنه إن رضى بالنقصان جاز الصرف ، وإن طلب البطل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ، ومرة قال : يبطل الصرف وإن رضى به ، وهو ضعيف . واختلفوا أيضا إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه ، أعني الصرف المنعقد على التناجز ، فقليل يبطل الصرف كله ، وبه قال الشافعي ؛ وقيل يبطل منه المتأخر فقط ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف ، والقولان في المذهب ؛ ومبنى الخلاف الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها ، أو الحرام منها فقط ؟ .

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة ، وإن اختلف العدد لاتفاق الوزن ، وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة . واختلفوا في المراطلة في موضعين : أحدهما أن تختلف صفة الذهبين والثاني أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضا أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب ، أو ذهباً إن كانت المراطلة بدراهم ، فذهب مالك ، أما في الموضع الأول ، وهو أن يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة أنه متى راطل بأحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبيتين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ ، فإن ذلك عنده لا يجوز ، وإن كان الصنف الواحد من الذهبين ، أعنى الذى أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معا ، أو مثل أحدهما وأجود من الثاني جازت المراطلة عنده . وقال الشافعى : إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك . وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك . وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام ، وهو مصير إلى القول بسد الذرائع ، وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل إنما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا ، فكأنه أعطى جزءا من الوسط بأكثر منه من الأردأ ، أو بأقل منه من الأعلى ، فيتنزع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلا ، مثال ذلك أن إنسانا قال لآخر : خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى ، فقال : لا يجوز هذا لنا ، وإكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى . وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود في القيمة . وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع . ومثل اختلافهم في المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التى تكون بالعدد ، أعنى إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب . وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلة ، فأراد أحدهما أن يزيد شيئا آخر مما فيه الربا ، أو مما لاربا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ، مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب ، فينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الذى نقص ذهبه أن

يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا ، فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز والمراطة فاسدة ؛ وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون . وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض . وعمدة مالك التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا . وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ، ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنائير والآخر عليه دراهم ، هل يجوز أن يتصارفاها وهي في الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جائز إذا كانا قد حلا معا ؛ وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال ؛ وقال الشافعي والليث : لا يجوز ذلك حلا أو لم يحل . وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب ، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أخرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فأقام حلول الأجدين في ذلك مقام الناجز بالناجز ، وإنما اشترط أن يكونا حاليين معا ، لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين . ويقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك ؛ وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق مثل أن يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد ، أعني إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط . وقال زفر : لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهبا أو بالعكس ؟ فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء ، سواء كان الأجل حالا أو لم يكن ، وهو قول ابن عباس وابن مسعود . وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال « كنت أبيع الإبل بالبقيع ، أبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير ، فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك إذا كان بيسعير يومه » خرجه أبو داود . وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » .

(المسئلة السابعة) اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال : لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه ، وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنائير ؛ وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع ، وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز ، فإن كانا معا مقصودين لم يحز ، وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود ، لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا إلى غرر .

كتاب السلم

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب : الباب الأول : في محله وشروطه . الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير . الباب الثالث : في اختلافهم في السلم .

الباب الأول في محله وشروطه

أما محله ، فإنهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال « قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسَلِّمون في التمر السنتين والثلاث ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مَنْ أَسْلَفَ قَلِيلُ سَلَفٍ فِي ثَمَنِ مَعْلُومٍ وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في النعمة ، وهي الدور والعقار . وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها ، فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا إلى ظاهر هذا الحديث . والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة ، فمن ذلك الحيوان والرقيق ، فذهب مالك والشافعي والأوزاعي والليث إلى أن السلم فيهما جائز ، وهو قول ابن عمر من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق : لا يجوز السلم في الحيوان ، وهو قول ابن مسعود ، وعن عمر في ذلك قولان . وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان » وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول . وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان

تسيئة . وعمدة من أجاز السلم في الحيوان ما روى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة ، فأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » وحديث أبي رافع أيضا « أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا » قالوا : وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة . فسبب اختلافهم شيان : أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى . والثاني تردد الحيوان بين أن يُضبط بالصفة أو لا يضبط ، فمن نظر إلى تباين الحيوان في الخلق والصفات ومخاصة صفات النفس قال : لا تنضبط ؛ ومن نظر إلى تشابهها قال : تنضبط . ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك ، فلم يجز أبو حنيفة السلم في البض وأجازه مالك بالعدد ، وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعي ، ومنعه أبو حنيفة ؛ وكذلك السلم في الرء وس والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة . واختلف في ذلك قول أبي حنيفة والشافعي ؛ وكذلك السلم في الدر والفصوص ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعي ، وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشريعة لإحصاء الفروع ، لأن ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهي ستة : منها أن يكون الثمن والمثمن مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء ، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء . ومنها أن يكون مقدرا إما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطا بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة . ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل . ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا . لئلا يكون من باب الكال بالكال ، هذا في الجملة . واشتراطوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أن لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا ، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وأجاز تأخيره بلا شرط . وذهب أبو حنيفة إلى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف ، فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا في أربعة : أحدها الأجل ، هل هو شرط فيه أم لا ؟ . والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا

في حال عقد السلم أم لا ؟ . والثالث اشتراط مكان دفع المسلم فيه . والرابع أن يكون الثمن مقدرا إما مكيلا وإما موزونا وإما معدودا وأن لا يكون جزافا . فأما الأجل فإن أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك ؛ وأما مالك فالظاهر من مذهبه ، والمشهور عنه أنه من شرط السلم ، وقد قيل إنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال . وأما اللخمي فإنه فصل الأمر في ذلك فقال : إن السلم في المذهب يكون على ضربين : سلم حال ، وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل ، وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة . وعمدة من اشترط الأجل شيثان : ظاهر حديث ابن عباس ؛ والثاني أنه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه . وعمدة الشافعي أنه إذا جاز مع الأجل فهو حالا أجوز لأنه أقل غررا ، وربما استدلت الشافعية بما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من أعراي بوسق تمر ، فلما دخل البيت لم يجد التمر ، فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرا وأعطاه إياه » قالوا : فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة ، وللمالكية من طريق المعنى أن السلم إنما يجوز لموضع الارتفاق ، ولأن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاض المسلم فيه ، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسبة ، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى . واختلغا في الأجل في موضعين : أحدهما هل يقدر بغير الأيام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم ؟ . والثاني في مقداره من الأيام . وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين : ضرب يقتضي بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضي بغير البلد الذي وقع فيه السلم ؛ فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم إن المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها . وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة ؛ وقال ابن عبد الحكم : لا بأس به إلى اليوم الواحد . وأما ما يقتضي ببلد آخر ، فإن الأجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلت أو كثرت ، وقال أبو حنيفة : لا يكون أقل من ثلاثة أيام ؛ فمن جعل الأجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ؛ ومن جعله شرطا معللا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبا . وأما الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك

فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي ؛ فمن رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير أجاز ذلك ، إذ الغرر اليسير موقوف عنه في الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ؛ ومن رأى أنه كثير ، وأنه أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يحزه . وأما اختلافهم في هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم ، فإن مالكا والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا : يجوز السلم في غير وقت إيبانه . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي : لا يجوز السلم إلا في إيبان الشيء المسلم فيه . فحجة من لم يشترط الإيبان ما ورد في حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسلدون في التمر السنتين والثلاث فأقبروا على ذلك ولم ينهوا عنه . وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تُسَلِّمُوا فِي النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا » وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجودا في حال العقد ، وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر ، وإن كان ذلك معينا وهذا في الذمة ، وبهذا فارق السلم بيع ما لم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض ، فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر . وقال القاضي أبو محمد : الأفضل اشتراطه . وقال ابن المواز : ليس يحتاج إلى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقيلا أو موزونا أو معدودا . أو منروعا لأجزافا ، فاشتراط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعي ولا صاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد ، قالوا : وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من منعه . وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل ، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع ، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد . وإن لم يكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعا مختلفة ، أو مع تركه إن كان نوعا واحدا ، ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا في الذمة وأنه لا يكون في معين ؛ وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مأمونة ، وكأنه رآها مثل الذمة .

الباب الثاني

فما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ،
وما يعرض فى ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير

وفى هذا الباب فروع كثيرة ، لكن نذكر منها المشهور :

(مسألة) اختلف العلماء فيمن أسلم فى شيء من الثمر ، فلما حل الأجل
تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه ، فقال الجمهور : إذا
وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصير إلى العام القابل ، وبه
قال الشافعى وأبو حنيفة وابن القاسم ، وحجتهم أن العقد وقع على موصوف
فى الذمة فهو باق على أصله ، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه
السنة ، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو فى ذلك بالخيار . وقال أشهب من أصحاب
مالك : ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من باب الكالى
بالكالى . وقال سحنون : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر إلى القابل ،
واضطرب قول مالك فى هذا والمعتمد عليه فى هذه المسئلة ما رآه أبو حنيفة
والشافعى وابن القاسم ، وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى ، والكالى
بالكالى المنهى عنه إنما هو المقصود ، لا الذى يدخل اضطرابا .

(مسألة) اختلف العلماء فى بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه
قبل قبضه ؛ فن العلماء من لم يحز ذلك أصلا ، وهم القائلون بأن كل شيء
لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق . وتمسك أحمد وإسحاق
فى منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال : قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فى شيء فَلَا يَصْرِفُهُ فى غَيْرِهِ » .
وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين : أحدهما إذا كان
المسلم فيه طعاما ، وذلك بناء على مذهبه فى أن الذى يشترطه فى بيعه القبض
هو الطعام على ما جاء عليه النص فى الحديث . والثانى إذا لم يكن المسلم فيه
طعاما فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم
فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل
شبيها من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله إما سلف

وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم ، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل . وكذلك إن كان رأس مال السلم طعاما لم يحز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر ، لامن جنسه ولا من غير جنسه ، فإن كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز ، لأنه يحمله على العروض ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وإن كان أقل جودة ، لأنه عنده من باب البدل في الدنانير . والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرا ، وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين . وإن كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ، ولم يهتمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل ، وإن أخذ دراهم في دنانير لم يهتمه على الصرف المتأخر ، وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم . وأما بيع السلم من غير المسلم إليه ، فيجوز بكل شيء يجوز انتبايع به ما لم يكن طعاما ، لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه . وأما الإقالة فن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع ، أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتدرع إلى بيع وسلف ، أو إلى ضع وتعجل ، أو إلى بيع السلم بما لا يجوز بيعه . مثال ذلك في دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل ، فأقانه على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التدرع إلى بيع وسلف ، وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة ، لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسألة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئا بعد الإقالة بما لا يجوز قبل الإقالة ؛ فن العلماء من لم يحزه أصلا ، ورأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه ، إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق ، إذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الإطلاق ، ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ؛ ومن العلماء من أجازته ، وبه قال الشافعي والثوري . وحجتهم أن بالإقالة قد ملك رأس ماله ، فإذا ماكه جاز له أن يشتري به ما أحب ، والظن الرديء بالمسلمين غير جائز . قال : وأما حديث أبي سعيد فإنه إنما وقع النهي فيه قبل الإقالة .

(مسألة) اختلفوا إذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع : أقلنى وأنظرك باليمن الذى دفعت إليك ، فقال مالك وطائفة : ذلك لا يجوز ؛ وقال قوم يجوز ؛ واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقبله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ؛ وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين ؛ والذين رأوه جائزا رأوا أنه من باب المعروف والإحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا صَفَّقْتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَسْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ، وَمَنْ أَنْظَرَ مُعْسِرًا أَظْلَمَهُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ » .

(مسألة) أجمع العلماء على أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير إلى أجل فدفعها إليه عند محل الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها . واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره ، فقال مالك والجمهور : إن أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها . وقال الشافعى : إن كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذها كالنحاس والحديد ، وإن كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه . وأما إذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف الشتاء فيأتى بها في الصيف ، فقال ابن وهب وجماعة : لا يلزمه ذلك . وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قبيل أنه من ضمانه إلى الوقت المضروب الذى قصده ، ولما عليه من المؤنة في ذلك ، وليس كذلك الدنانير والدراهم ، إذ لا مؤنة فيها ، ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض إنما كان وقت الأجل لا غيره . وأمر من أجاز ذلك في الوجهين ، أعنى بعد الأجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

(مسألة) اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة مأا فأخبر البائع أو المسلم إليه المشتري بكيل الطعام ، هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل في ذلك على تصديقه ؟ فقال مالك : ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد ، وإلا خيف أن يكون من باب الربا ، كأنه إنما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره باليمن . وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى

والأوزاعي والليث : لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد ان كاله لنفسه بحضرة البائع . وحجتهم أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه إلا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه إلا بعد أن يكيله البائع له ، لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذاك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع ، وصاع المشتري . واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل ، فاختلفا في الكيل ، فقال الشافعي : القول قول المشتري ، وبه قال أبو ثور ، وقال مالك : القول قول البائع لأنه قد صدقه المشتري عند قبضه إياه ، وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم

والمتبايعان في السلم إما أن يختلفا في قدر الثمن أو المثلون ، وإما في جنسهما ، وإما في الأجل ، وإما في مكان قبض السلم . فأما اختلافهم في قدر المسلم فيه ، فالقول فيه قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول أيضا قول المسلم إن أتى أيضا بما يشبه ، فإن أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم في جنس المسلم فيه ، فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ ، مثل أن يقول أحدهما : أسلمت في تمر ، ويقول الآخر : في قمح . وأما اختلافهم في الأجل فإن كان في حלוته فالقول قول المسلم إليه ، وإن كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم إليه إلا أن يأتي بما لا يشبه ، مثل أن يدعى المسلم وقت إبان المسلم فيه ، ويدعى المسلم إليه غير ذلك الوقت ، فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم في موضع القبض ، فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله ، وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه . وخالف سحنون في الوجه الأول فقال : القول قول المسلم إليه وإن ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني فقال : إذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا . وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض ، وقد تقدم ذلك .

كتاب بيع الخيار

والنظر في أصول هذا الباب ، أما أولاً فهل يجوز أم لا ؟ وإن جاز ، فكم مدة الخيار ؟ وهل يشترط التقدية فيه أم لا ؟ ومن ضمان المبيع في مدة الخيار ؟ وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لا يصح ؟ وما يكون من الأفعال خياراً كالقول ؟ . أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه « ولك الخيار ثلاثاً » وما روى في حديث ابن عمر « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا ببيع الخيار » . وعملة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو لزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع . قالوا : وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما شكى إليه صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع . قالوا : وأما حديث ابن عمر وقوله فيه « إلا ببيع الخيار » فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو « أن يقول أحدهما لصاحبه أخسر » . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال : مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الحارية ، والشهر ونحوه في اختيار الدار . وبالحملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع . وقال الشافعي ، وأبو حنيفة : أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت ، وبه قال داود . واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة : فقال الثوري والحسن ابن جني وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً ويكون له الخيار أبداً . وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله . وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع . واختلف أبو حنيفة والشافعي إن وقع الخيار في الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق ، فقال أبو حنيفة : إن وقع في الثلاثة الأيام جاز ، وإن مضت الثلاثة فسد البيع ؛ وقال الشافعي : بل هو

فاسد على كل حال ، فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار ، وهي هل يجوز مطلقا أو مقيدا ؟ وإن جاز مقيدا فكم مقداره ؟ وإن لم يجوز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال ؟ وإن وقع في الثلاث . فأما أدلتهم فإن عمدة من لم يجوز الخيار هو ما قلناه . وأما عمدة من لم يجوز الخيار إلا ثلاثا فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ ، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك . قالوا : وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصرة وهو قوله « مَنْ اشْتَرَى مُصْرَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » وأما حديث منقذ ، فأشبه طريقه المتصلة ما رواه محمد ابن إسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع « إِذَا بَعْتَ فَقُلْ لِاخِيَابَةِ وَأَنْتَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا » . وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام ، وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع ، وفيه ضعف . وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي : مصيبته من البائع والمشتري أمين ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ؛ وقد قيل في المذهب إنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه ، وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع . وقال أبو حنيفة : إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، وأما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري ، وبقي معلقا حتى ينقضي الخيار ، وقد قيل عنه إن على المشتري الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري . وللشافعي قولان : أشهرهما أن الضمان من المشتري لأيهما كان الخيار . فعمدة من رأى

أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم ، فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعثك ولم يقل المشتري قبلت . وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق . وأما من جعل الضمان لمشتري الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلأنه إن كان البائع هو المشتري فالخيار له إبقاء للمبيع على ملكه ، وإن كان المشتري هو المشتري له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري إذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال : قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ، ولكن هذا القول يمانع الحكم ، فإنه لا بد أن تكون مصيبته من أحدهما ، والخلاف آيل إلى هل الخيار مشروط لإيقاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع ، فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتميمه فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا ؟ فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا : يورث ، وإنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع ، وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة . وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب : أعنى أنه قال يورث ، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن . وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه لابنه ، أعنى أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك : أعنى للأب ، وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان . ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثته لا ينزلون منزلته عند مالك . وسلم الشافعي ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات ، وسلم زائدا خيار الإقالة والقبول فقال : لا يورثان . وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال ، فوضع

الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له وبحجج على خصمه ؛ فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثته خيار الرد بالعيب ، ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به ؛ والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك ، وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ، ويروم في قوله خصمه بالضد ، أعنى أن يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ، ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا ، مثل ما تقول المالكية : إنما قلنا إن خيار الأب في رد هبته لا يورث ، لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره وهي الأبوة ، فوجب أن لا تورث لا إلى صفة في العقد . وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار ، أعنى أنه من انقذ له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقذ له أنه صفة خاصة بلئى الخيار لم يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهى من يصح خياره فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي ، فقال مالك : يجوز ذلك والبيع صحيح ؛ وقال الشافعى في أحد قوليهِ : لا يجوز إلا أن يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد ، وهو قول أحمد ؛ وللشافعى قول آخر مثل قول مالك ، ويقول مالك قال أبو حنيفة ؛ واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لهما . واختلف المذهب إذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ، ف قيل القول في الإمضاء ، والرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة ، وقيل بالفرق بين البائع والمشتري : أى أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشترط الخيار ؛ وقيل القول قول من أراد منهما الإمضاء ، وإن أراد البائع الإمضاء ، وأراد الأجنبي الذى اشترط خياره الرد ووافق المشتري ، فالقول قول البائع في الإمضاء ، وإن أراد البائع الرد وأراد الأجنبي الإمضاء ووافق

المشتري فالقول قول المشتري ؛ وكذلك إن اشترط الخيار للأجنبي المشتري ، فالقول فيهما قول من أراد الإمضاء ، وكذلك الحال في المشتري ؛ وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري : أى إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما ، وإن اشترطه المشتري فالقول قول الأجنبي ، وهو ظاهر ما في المدونة ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل أن يشترط أجلاً مجهولاً وخياراً فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث ، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه : أعنى أجيباً ، فقال مالك والشافعي : لا يصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد ؛ وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد ، فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعلق إلى العقد أم لا يتعدى ، وإنما هو في الشرط فقط ؟ فن قال يتعدى أبطل البيع وإن أسقطه ؛ ومن قال لا يتعدى قال : البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحاً .

كتاب بيع المراجعة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ومراجعة ؛ وأن المراجعة هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه رجحاً ما للدينار أو الدرهم . واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين : أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال . والموضع الثاني إذا كذب البائع للمشتري فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به ، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر ، ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف الفقهاء الأمصار بابان : الباب الأول : فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح الثاني . : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

الباب الاول

فما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال
الذى يجوز أن يبنى عليه الربح

فأما ما يعد في الثمن مما لا يعد ، فإن تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب
البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يعد في أصل الثمن
ويكون له حظ من الربح . وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من
الربح . وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فأما الذى
يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا في عين
السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له
حظا من الربح فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه
كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . وأما
ما لا يحتسب فيه الأمرين جميعا ، فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه
صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد . وقال أبو حنيفة : بل يحمل
على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لا يجوز المراجعة إلا بالثمن الذى
اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع قال لأنه كذب ،
لأنه يقول له : ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك ، وهو عنده من باب
الغش . وأما صفة رأس الثمن الذى يجوز أن يخبر به فإن مالكا والليث قالا
فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشترىها صرف معلوم ثم باعها بدراهم
والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشترىها
لأنه من باب الكذب والخيانة ، وكذلك إن اشترىها بدراهم ثم باعها بدنانير
وقد تغير الصرف . واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة
بعروض هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لا يجوز ؟ فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز
بقيمة العرض أو بالعرض نفسه ؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على
ما اشترى به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب : لا يجوز لمن
اشترى سلعة بشيء من العروض أن يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بعروض على

صفة عرضه ، وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده .
واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأتخذ في الدنانير عروضاً
أو دراهم هل يجوز له بيعها. رابحة دون أن يعلم بما نقد أم لا يجوز؟ فقال مالك
لا يجوز إلا أن يعلم ما نقد ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيعها منه رابحة على
الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم ؛ قال
مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها رابحة أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل .
وقال الشافعي إن وقع كان للمشتري مثل أجله ؛ وقال أبو ثور : هو كالعيب
دوله الرد به ، وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

الباب الثاني

في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة رابحة على ثمن ذكره ، ثم ظهر بعد ذلك إما
بإقراره وإما بينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة ؛ فقال مالك وجماعة :
المشتري بالخيار ، إما أن يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع
تأخذها بالثمن الذي صح وإن ألزمه لزمه ؛ وقال أبو حنيفة وزفر : بل المشتري
بالخيار على الإطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إن ألزمه البائع لزمه ؛
وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط
الزيادة ؛ وعن الشافعي القولان : القول بالخيار مطلقاً ، والقول باللزوم بعد
الحط . فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشتري إنما أربحه على ما ابتاع
به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي
ظهر ، كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك
الكيل . وحجة من رأى أن الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب ،
أعني أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . وأما إذا فاتت السلعة
فقال الشافعي : يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح ؛ وقال
مالك : إن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل
ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء ، وإن كانت القيمة أقل
خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو إمضائه السلعة بالثمن الذي

صح د. وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قاعة، فقال الشافعي: لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها به. وقال مالك: يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن، وهذا بعيد لأنه يبيع آخر. وقال مالك في هذه المسئلة: إذا فأتت السلعة أن المبتاع غير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو أن يأخذها بالثمن الذي صح، فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب. ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاثة مسائل وما تتركب منها، حكم مسئلة الكذب، وحكم مسئلة الغش، وحكم مسئلة وجود العيب. فأما حكم الكذب فقد تقدم. وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق. وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا، وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسئلة الكذب، هذا عند ابن القاسم. وأما عند أشهب، فإن الغش عنده ينقسم قسمين: قسم مؤثر في الثمن، وقسم غير مؤثر. فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه. وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب. وأما التي تتركب فهي أربع مسائل: كذب وغش، وكذب وتدليس، وغش وتدليس بعيب، وكذب وغش وتدليس بعيب؛ وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذي بقي حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذي هو أرجح له. إن لم يفت حكم أحدهما، إما على التخيير حيث يمكن التخيير، أو الجمع حيث يمكن الجمع، وتفصيل هذا لا أتق بكتب الفروع، أعني مذهب ابن القاسم وغيره.

كتاب بيع العرية

اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي أتت فيها في السنة، فحكى القاضى أبو محمد عبد الوهاب المالكي أن العرية في مذهب مالك هي أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه، فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بفخرها تمرا على شروط أربعة: أحدها: أن ترهى، والثاني: أن تكون خمسة أوسق فما دون، فإن زادت فلا يجوز. والثالث: أن يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الحذاذ، فإن أعطاه نقدا لم يجوز. والرابع: أن يكون التمر

من صنف تمر العرية ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية وإنما سى
في حق المعري فقط ، والرخصة فيها إنما هي استثناءها من المزابنة ، وهي بيع الرطب
بالتمر الخاف الذي ورد النهي عنه ، ومن صنف الربا أيضا : أعني التفاضل
والنساء ، وذلك أن بيع تمر معلوم الكيل بشمر معلوم بالتخمين وهو الخرص ، فيدخله
بيع الجنس الواحد متفاضلا ، وهو أيضا ثم شمر إلى أجل ، فهذا هو مذهب مالك
فيا هي العرية ، وما هي الرخصة فيها ، ولما الرخصة فيها ؟ . وأما الشافعي فعني
الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة ، وإنما هي لكل أحد من الناس أراد
أن يشتري هذا القدر من الثمر : أعني الخمسة أوسق أو ما دون ذلك بتمر مثلها ؛
وروى أن الرخصة فيها إنما هي معلقة بهذا القدر من الثمر لضرورة الناس أن يأكلوا
رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر^١ يشتري به الرطب . والشافعي يشترط
في إعطاء التمر الذي تباع به العرية أن يكون نقدا ، ويقول : إن تفرقا قبل
القبض فسد البيع . والعرية جائزة عند مالك في كل ما يبيس ويدخر ، وهي
عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الأوسق
عند مالك والشافعي ، وعنهما الخلاف إذا كانت خمسة أوسق ، فروى الجواز
عنهما والمنع ، والأشهر عند مالك الجواز . فالشافعي يخالف مالكا في العرية
في أربعة مواضع : أحدها في سبب الرخصة كما قلنا . والثاني أن العرية التي
رخص فيها ليست هبة ، وإنما سميت هبة على التجوز . والثالث في اشتراط
النقد عند البيع . والرابع في محلها . فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط ،
وعند مالك في كل ما يدخر ويبس . وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا في أن
العرية عنده هي الهبة ، ويخالفه في أن الرخصة إنما هي عنده فيها للموهوب له
أعني المعري له لا المعري ، وذلك أنه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة
لأن المعري خاصة كما ذهب إليه مالك . وأما أبو حنيفة فيوافق مالكا في أن
العرية هي الهبة ، ويخالفه في صفة الرخصة ، وذلك أن الرخصة عنده فيها
ليست هي من باب استثناءها من المزابنة ولا هي في الجملة في البيع ، وإنما

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله : وعنده تمر يشتري ، إذ هي فسحة لمن عنده
وليس عنده رطب أن يشتري الرطب بالتمر ، ولذلك اشترط الشافعي دفع التمر
نقدا ، فتأمل اهـ مصححه .

الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب في هبته إذ كان الموهوب له لم يقبضها
وليس عنده ببيع ، وإنما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة ، وهو أن
يعطى بلها تمرا بخرصها . وعمدة مذهب مالك في العرية أنها بالصفة التي ذكر
سنتها المشهورة عندهم بالمدينة ، قالوا : وأصل هذا أن الرجل كان يهب
النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه ، فأبيع له أن يشتريها
بخرصها تمرا عند الجذاذ . ومن الحججة له في أن الرخصة إنما هي للمعري حديث
سهل بن أبي حثمة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر
بالرطب إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا » قالوا :
فقله يأكلها رطبا دليل على أن ذلك خاص بمعريها ، لأنهم في ظاهر هذا القول
أهلها . ويمكن أن يقال إن أهلها هم الذين اشتروها كائنا من كان ، لكن
قوله رطبا هو تعليل لا يتناسب المعري ، وعلى مذهب الشافعي هو مناسب ،
وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ، ولذلك كانت الحججة
للشافعي . وأما أن العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة ، فإن أهل
اللغة قالوا : العرية هي الهبة ، واختلف في تسميتها بذلك ، فقليل لأنها عريت من
التمر ، وقيل لأنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سأله ، ومنه قوله
تعالى - وأطعموا القانص والمُعسَّر - وإنما اشترط مالك نقد التمر عند الجذاذ
أعنى تأخيرها إلى ذلك الوقت ، لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته
أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة ، وفيه ضعف ، لأنه مصادمة بالقياس
لأصل السنة . وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ، وأما
اشتراطه جوازها في الخمسة الأوسق أو فيما دونها ، فلما رواه عن أبي هريرة
« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أَرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون
خمسة أوسق ، أو في خمسة أوسق » وإنما كان عن مالك في الخمسة الأوسق
روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوي ، وأما اشتراطه أن يكون من
ذلك الصنف بعينه إذا بيع ، فلما روى عن زيد بن ثابت « أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم » رخص لأصحاب العرية أن يبيعها بخرصها تمرا » مخرجه
مسلم . وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة عن
النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن المزينة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا » فإنه

ذن ألهم فيه وقوله « فيها يأكلها أهلها رطباً » . والعريّة عندهم هي اسم لما دون الخمسة الأوسق من التمر ، وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه ، خص هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة ، وقد احتج لمذهبه بما رواه بإسناده منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إما زيد بن ثابت وإما غيره : ما عراياكم هذه ؟ قال : فسمى رجلاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أتى وليس بأيديهم فقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر ، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطباً ، وإنما لم يجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا ولم يخص المعري من غيره . وأما أبو حنيفة فلما لم تجر عنده المزابنة وكانت إن جعلت بيعاً نوعاً من المزابنة رأى أن انصرافها إلى المعري ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمراً ، أو تسميته إياها بيعاً عنده مجاز ، وقد التفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه ، فلم يجز بيعها بالدرهم ولا بشيء من الأشياء سوى الخرص ، وإن كان المشهور عنه جواز ذلك . وقد قيل إن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث ، وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع منها أنه لم يسمها بيعاً ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا ، وعلى مذهبه لا تكون العريّة استثناء من المزابنة ، لأن المزابنة هي في البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنى من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع ، وعسر عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع ، وهي المزابنة ، والله أعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب الإجازات

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع : أعني أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها ، وذلك في نوع

نوع منها ، أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها ، وفيما يعم أكثر من واحد منها
فهذا الكتاب ينقسم أولا إلى قسمين : القسم الأول : في أنواعها وشروط الصحة
والفساد . والثانى : في معرفة أحكام الإجازات ، وهذا كله بعد قيام الدليل
على جوازها . فلنذكر أولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير إلى ذكر ما فى ذينك
القسمين من المسائل المشهورة ، إذ كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التى
تجرى من هذه الأشياء مجرى الأمهات ، وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين
فقهائهم . فنقول : إن الإجارة جائزة عند بيع فقهاء الأمصار والصدور
الأول . وحكى عن الأصم وابن علية منعها . ودليل الجمهور قوله تعالى - إني
أريد أن أنكحك - إحدى ابنتى هاتين - الآية ، وقوله - فإن
أرضعن لكم فأتوهن أجورهن - . ومن السنة الثابتة ما أخرجه البخارى
عن عائشة قالت : « استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من
بنى الدليل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش ، فدفعنا إليه راحلتيهما
وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما » وحديث جابر « أنه باع من
النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره إلى المدينة » وما جاز استيفاءه
بالشرط جاز استيفاءه بالأجر ، وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات إنما يستحق
فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الأعيان المحسوسة والمنافع فى الإجازات
فى وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ، ونحن نقول :
إنها وإن كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب ، والشرع إنما
لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب ، أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه
على السواء .

(القسم الأول) وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى
يكون الثمن مقابلا له وصفتها . فأما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه ، وقد
تقدم ذلك فى باب البيوع . وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس ما لم ينه
الشرع عنه ، وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ؛ فما اجتمعوا على
إبطال إجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين ، كذلك كل منفعة كانت
محرم بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت
فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها ، واتفقوا على إجارة الدور

والدواب والناس على الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب والبسط . واختلفوا في إجارة الأرضين وفي إجارة المياه وفي إجارة المؤذن ، وفي الإجارة على تعليم القرآن ، وفي إجارة نزو القحول . فأما كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا ، فقوم لم يميزوا ذلك بته وهم الأقل ، وبه قال طاوس وأبو بكر ابن عبد الرحمن ؛ وقال الجمهور يجوز ذلك . واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها ؛ فقال قوم : لا يجوز كراؤها إلا بالدرهم والدنانير فقط ، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب ؛ وقال قوم : يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن ، وما عدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره ، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه . وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط ؛ وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن يجرى مما يخرج منها من الطعام ، ومن قال بهذا القول سلم بن عبد الله وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ ؛ وقال قوم : يجوز كراؤها بكل شيء مما يجرى منها ، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة . وعمدة من لم يميز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع » قالوا : وهذا عام ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه ، قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج عن كراؤها بالذهب والورق فقال : لا بأس به . وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه ، وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك ، وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى . وروى عن رافع ابن خديج عن أبيه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إجارة الأرضين » قال أبو عمر بن عبد البر . واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال : خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيُزْرِعْهَا أَوْ لْيُزْرِعْهَا وَلَا يُؤْجِرْهَا » فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يميز كراء الأرض . وقالوا أيضا من جهة المعنى : إنه لم يميز كراؤها لما في ذلك من الغرر ، لأنه ممكن أن يصيب

الزروع جائحة من نار أو قحط أو غرق ، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أنه ينتفع من ذلك بشيء . قال القاضي : ويشبه أن يقال في هذا إن المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى عن بيع الماء ، ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الحلقة . وأما عمدة من لم يجوز كراءها إلا بالدرهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَأَتَمَّا يَزْرَعُ ثَلَاثَةَ ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَيَزْرَعُهَا ، وَرَجُلٌ مُنِيحَ أَرْضًا فَهَوُ يَزْرَعُ مَا مُنِيحَ ، وَرَجُلٌ اكْتَسَرَى بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ » قالوا : فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والأحاديث الأخر مطلقه وهذا مقيد ، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد . وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ماعدا الطعام ، وسواء كان الطعام مديخا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَزْرَعْهَا أَخَاهُ وَلَا يُكْرِهَا بِثُلْثٍ وَلَا رُبْعٍ وَلَا بِطَعَامٍ مُعَسِّنٍ » قالوا : وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها ، وذكرنا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا ، وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة . قالوا : وأيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة . وعمدة من لم يجوز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها ، أما بالطعام فحجته حجة من لم يجوز كراءها بالطعام . وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن الخابرة ، قالوا : وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه . وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياسا على إجارة سائر المنافع ، وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع . روى عن سالم ابن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا : اكترى رافع . قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال « كما أكثر أهل المدينة حقلا ، قال : وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول : هذه القطعة لي وهذه لك ، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فهأهم النبي صلى الله عليه وسلم » خرجه البخاري . وأما من لم يجوز كراءها بما يخرج منها ، فعمدته النظر

والأثر . أما الأثر فما ورد من النهي عن المخابرة ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان رفقا بنا ، فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال : « دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما تصنعون بمحافلِكُمْ ؟ » قلنا : نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعلوها ، ازرعوها أو زارعوها أو أمسيكوها » وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخاري ومسلم . وأما من أجاز كراهها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمره » قالوا : وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون ، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لأعلى الحظر ، بدليل ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال « إن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال : إن يمتنع أحدكم أخاه يَكُنْ خَسِيرًا لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا » قالوا : وقد قدم معاذ بن جبل اليمين حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون ، فأقبرهم . (وأما إجارة المؤذن) فإن قوما لم يروا في ذلك بأسا ، وقوما كرهوا ذلك . والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اتَّخِذْ مُؤَذِّنًا لَا يَأْخُذُ عَلَى أَذَانِهِ أَجْرًا » والذين أباحوه قاسوه على الأفعال خير الواجبة ، وهذا هو سبب الاختلاف ، أعني هل هو واجب أم ليس بواجب ؟ .

وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا ، وكرهه قوم ، وأجازه آخرون . والذين أباحوه قاسوه على سائر الأفعال ، واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال : « أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأتينا على حي من أحياء العرب فقالوا : إنكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أورقية ، فإن عندنا معنوها في القيود ، فقلنا لهم نعم ، فجاءوا به ، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بريق ثم أنفل عليه ، فكأنما أنشط من عقال ، فأعطوني جعلا ، فقلت لا حتى أسأل

رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأله فقال : كَلْ فَلَعَمْرِي كَلَنْ
أَكَلْ بِيرُقِيَّةٍ بَاطِلًا فَلَقَدْ أَكَلْتُ بِيرُقِيَّةً حَقًّا » وبما روى عن
أبي سعيد الخدري « أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة ،
فمروا بجي من أحياء العرب ، فقالوا : هل عندكم من راق ، فإن سيد الخي
قد لدغ أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ ، فأعطى
قطيعا من الغنم ، فأنى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال : بيم رُقِيَّتُهُ ؟ قال : بفاتحة الكتاب ، قال : وما يُدْرِيكَ أَنَّهَا
رُقِيَّةٌ ؟ قال : ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوهَا وَاضْرِبُوهَا
بِلسَانِكُمْ فِيهَا بِسْمِ اللَّهِ . وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا :
هو من باب الجعل على تعلم الصلاة . قالوا : ولم يكن الجعل المذكور
في الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقي ، وسواء كان الرقي بالقرآن
أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات . قالوا : وليس واجبا على
الناس ، وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس .

وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب ، فأجاز مالك أن يكرى
الرجل فحله على أن ينزو أكواما معلومة ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي .
وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل ؛ ومن أجازها
شبهه بسائر المنافع ، وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع . واستئجار
الكلب أيضا هو من هذا الباب ، وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك .
والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على أفرادها ،
فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ، ولا طعام لتزيين الخانوت ، إذ هذه المنافع
ليس لها قيم على أفرادها ، فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي . ومن هذا
الباب اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالحملة كل ما لا يعرف
بعينه ، فقال ابن القاسم : لا يصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان
أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه ، وإنما منع
من منع إيجارتها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بإتلاف عينها ؛ ومن أجاز
إيجارتها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتحمل بها أو يتكرر أو غير ذلك مما يمكن
أن يتصور في هذا الباب ، فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس

«المنفعة» : وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمننا في المبيعات وما لا يجوز . وما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب ، الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان » قال الطحاوي : ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح إلى الطحان يجزء من الدقيق الذي يطحنه ، قالوا : وهذا لا يجوز عندنا ، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ، ولا هي من الأشياء التي تكون ديونا على الذم ، وافقه الشافعي على هذا : وقال أصحابه : لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنبيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، وهذا على مذهب مالك جائز ، لأنه استأجره على جزء من الطعام ؛ معلوم ، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا . وأما كسب الحجام ؛ فذهب قوم إلى تحريمه ، وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا : كسبه رديء يكره للرجل ؛ وقال آخرون : بل هو مباح . والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ؛ فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنِ السَّخَّيْتُ كَسَبُ الْحَجَّامِ » ، وبما روى عن أنس بن مالك قال « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام » . وروى عن عون بن أبي جحيفة قال : اشترى أبي حجاما فكسر حاجمه ، فقلت له يا أبت لم كسرتها ؟ فقال « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم » . وأما من رأى إباحة ذلك ، فاحتج بما روى عن ابن عباس قال « احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجرو » . قالوا : ولو كان جراما لم يعطه ، وحديث جابر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أبا طيبة فحجمه ، فسأله كم ضريبته ؟ فقال : ثلاثة أصع ، فوضع عنه صاعا » . وعنه أيضا « أنه أمر للحجام بصاع من طعام » . وأمره موابه أن يخففوا عنه » . وأما اللين قالوا بكرهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء إلى مجلس الأنصار فقال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحا » . وبما روى « عن رجل من بني حارثة كان له حجام ، وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك

فناه ، ثم عاد فناه ، ثم عاد فناه ، فلم يزل يراجع حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعْلِفْ كَسْبَهُ نَاضِحَكَ وَأَطْعِمَهُ رَقِيقَكَ ، . ومن هذا الباب أيضا اختلافهم في إجارة دار بسكنى دار أخرى ، فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ، ولعله رآها من باب الدين بالدين ، وهذا ضعيف . فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن و بجنس المنفعة . وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها ؛ فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالحملة أن من شرط الإجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معاومة القدر ، وذلك إما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب ، وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير ، وذلك إما بالزمان إن كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مشيا مثل كراء الرواحل . وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز إجازات الجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه . وعمدة الجمهور أن الإجارة بيع فامتنع فيها من الجهل - لمكان الغبن - ما امتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثانى بقياس الإجارة على القراض والمساواة ؛ والجمهور على أن القراض والمساواة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما تجروجهما عن الأصول ؛ واتفق مالك والشافعي على أنهما إذا ضربا بالمنفعة التي ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا ، وحددوا أيضا أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز . واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو حدته ولم يكن عقب العقد ، فقال مالك : يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدد أوله ، مثل أن يقول له : استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ، ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة ؛ وقال الشافعي لا يجوز ، ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة ، فمنعه الشافعي لأنه غرر ، وأجازه مالك لأنه معلوم بالعادة ، وكذلك لم يُجِزْ الشافعي إذا كان أول التمد متراخيا عن العقد ، وأجازه مالك . واختلف قول أصحابه في استئجار الأجير ، فخير الأمونة ، والتغيير فيما بعد من الزمان ؛ وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع ؛ فمالك يجيز

ذلك السنين الكثيرة ، مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا يتغير الدار في مثله ؛ وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والأنهار ؛ فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة ؛ وفصل ابن الماجشون فقال : لا يجوز الكراء في أرض المطر إلا لعام واحد ، وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة ؛ وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لعشرة أعوام فقط . فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع : في تحديد أول المدة ، وفي طولها ، وفي بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعي إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لأقل المدة مثل أن يقول : أكثرى منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضربان لذلك أمدا معلوما ، فقال الشافعي : لا يجوز ؛ وقال مالك وأصحابه : يجوز على قياس : أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدينهم ، وهذا لا يجوز غيره . وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهى عنه ؟ ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والإجارة ، أجازها مالك ، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقرن بالبيع إلا الإجارة فقط . ومن هذا الباب اختلافهم في إجارة المشاع ؛ فقال مالك والشافعي : هي جائزة ؛ وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعة متعذر ؛ وعنده مالك والشافعي أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه : أعني رب المال . ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظئر ، فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق ، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق : أعني في كل أجير ؛ وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط . وسبب الخلاف هل هي إجارة مجهولة ، أم ليست بمجهولة ؟ فهذه هي شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمن . وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين : إجارة منافع أعيان محسوسة ، وإجارة منافع في النعمة قياسا على البيع . والذي في النعمة من شرطه الوصف . والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ، ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع ، وذلك في الشيء الذي تستوفي منافعه ، وفي الشيء الذي تستوفي به

مناقه فلا بد من وصف المركوب مثلاً ، والحمل الذى تستوفى به منفعة للمركوب . وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف ، وعند الشافعى يحتاج إلى الوصف ، وعند ابن القاسم أنه إذا استأجر الراعى على غنم بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلف ، وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط . ومن شرط إجارة النمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين ؛ كما أن من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقى عنده أن لا يشترط فيها النقد إلا بعد الرى . واختلفوا فى الكراء هل يخل فى أنواعه الخيار أم لا ؟ فقال مالك : يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين ؛ وقال الشافعى : لا يجوز ، فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه ، وهى الأشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الأركان ، وبها يوصف العقد إذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد إذا لم يكن على ذلك ، وبقي النظر فى الجزء الثانى ، وهو أحكام هذا العقد .

الجزء الثانى من هذا الكتاب

وهو النظر فى أحكام الإجازات

وأحكام الإجازات كثيرة ، ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين : الجملة الأولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه . الجملة الثانية : فى أحكام الطوارئ . وهذه الجملة تنقسم فى الأشهر إلى معرفة موجبات الضمان وعلمه ، ومعرفة وجوب الفسخ وعلمه ، ومعرفة حكم الاختلاف . (الجملة الأولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكبرى دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك وأبى حنيفة : أن الثمن إنما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع ، إلا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم ، مثل أن يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء فى النمة . وقال الشافعى : يجب عليه الثمن بنفس العقد . فمالك رأى أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض ؛ والشافعى كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيما يكرى دابة أو داراً وما أشبه ذلك ، هل

له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتره ؟ فأجازه مالك والشافعي وجماعة قياسا على البيع ، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه . وعلمتكم أنه من باب ربح مالم يضمن ، لأن ضمان الأصل هو من ربه : أصنى من المكري ، وأيضا فإنه من باب بيع مالم يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أحدث فيها عملا : ومن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري والجمهور ، رأوا أن الإجارة في هذا شبيهة بالبيع ، ومنها أن يكرى الدار من الذي اكراها منه ، فقال مالك : يجوز ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل . ومنها إذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرا ، أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فقال مالك له ذلك ، وقال داود : ليس له ذلك . ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكثرة ، فالمشهور عن ابن القاسم أنه على أرباب الدور ، وروى عنه أنه على المكترى ، وبه قال الشافعي ، واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم ، فقال : الكنس في هذه على رب الدار : ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار ، هل يلزم رب الدار إصلاحه ، أم ليس يلزم ؟ وينحط عنه من الكراء ذلك القدر ؟ فقال ابن القاسم : لا يلزمه ، وقال غيره من أصحابه يلزمه . وفروع هذا الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

(الجملة الثانية : وهي النظر في أحكام الطوارئ)

الفصل الأول منه ، وهو النظر في الفسوخ

فنقول : إن الفقهاء اختلفوا في عقد الإجارة ، فذهب الجمهور إلى أنه عقد لازم ، وحكى عن قوم أنه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة . والذين قالوا إنه عقد لازم اختلفوا فيما يفسخ به ، فذهب جماعة فقهاء الأمصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم إلى أنه لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فسخ عقد الإجارة للعدر الطارئ على المستأجر . مثل أن يكرى دكانا يتجر فيه فبحرق متاعه أو يسرق . وعمدة الجمهور قوله

تعالى - أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - لأن الكراء عقد على منافع فأشبهه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم يفسخ أصله البيع . وعمدة أبي حنيفة أنه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة . وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص ؛ فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة ، وإن عين فذلك كالوصف لا يفسخ ببيعه أو ذهابه ، بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت قال : وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا يفسخ العقد ، وعلى المستأجر أن يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه ، قال : وقد قيل إنها تتعين بالتعيين فيفسخ العقد بتلف المحل . وقال بعض المتأخرين : إن ذلك ليس اختلافا في المذهب وإنما ذلك على قسمين : أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه ، فإن كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل ، وإن كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ الإجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك . واشترط ابن القاسم في الملوثة أنه إذا استأجر على غنم بأعيانها فإنه لا يجوز إلا أن يشترط الخلف هو التلف منه إلى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين ، لكن لما رأى التلف سائقا إلى الفسخ رأى أنه من باب الغرر ، فلم يميز الكراء عليها إلا باشتراط الخلف . ومن نحو هذا اختلافهم في هل يفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين : أعنى المكري أو المكثري ؛ فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا يفسخ ويورث عقد الكراء ؛ وقال أبو حنيفة والثوري والليث : يفسخ . وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة ، فلم يفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع . وعمدة الحنفية أن الموت نقلة لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك ، فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة : أعنى أنه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك وإلا بقي الملك ليس له وارث ، وذلك خلافا للإجماع ، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع ، والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد ، وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزءا فجزءا بقدر

كما يقبض من المنفعة ، قالوا : وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الإجارة ، فإن المستأجر يستوفى في ملك الوارث حقا بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح ، وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعد موته ، والميت لا يثبت عليه دين بإجماع بعد موته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك ، وعند مالك أن أرض المطر إذا أكرت فنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكري من أن يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء ، وعنده أن الكراء الذي يتعلق بوقت ما أنه إن كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت أنه ينفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فإنه لا ينفسخ ، هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان . فأما الكراء الذي يكون في النمة فإنه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة إذا كان لم ينقصد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موضوع في النمة . وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

الفصل الثاني وهو للنظر في الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدي ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال . فأما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق ، والخلاف إنما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه وفي قدره ؛ فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن أكثرى دابة إلى موضع ما فتعدي بها إلى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء ، فقال الشافعي وأحمد : عليه الكراء الذي ألزمه إلى المسافة المشترطة ، ومثل كراء المسافة التي تعدي فيها ؛ وقال مالك : بوب الدابة باتخاذ في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدي فيها أو يضمن له قيمة الدابة . وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه في المسافة المتعداة ، ولا خلاف أنها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها . فعمدة الشافعي أنه تعدي على المنفعة

فلزمه أنجرة المثل أصله التعلى على منائر المنافع . وأما مالك فكانه لما حيس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جدا عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب إلى الأصول في هذه المسئلة هو قول الشافعى . وعند مالك أن عثان الدابة لو كانت عثور تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذلك إن كانت الحبال رثة ، ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فلم يمتثلوا في ذلك ، فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر . وللشافعى قولان في المشترك . والخاص عندهم هو الذى يعمل في منزل المستأجر ، وقيل هو الذى لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك في الخاص ، وهو عنده غير ضامن ، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصناع المشترك يضمن ، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر ، ويتضمن الصناع قال على وعمر ، وإن كان قد اختلف عن على في ذلك . وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصناع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر ، فلأن العامل بغير أجر إنما قبض الميعول لمنفعة صاحبه فقط فأشبهه المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعة القايض ، أصله القرض والعارية عند الشافعى ، وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة ، والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه ، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدى ، وصاحب الحمام لا يضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل يضمن . وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ، ولا خلاف أن

الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم . واختلف أصحاب مالك إذا قامت
البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل يجب لهم الأجرة أم لا ، إذا
كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لأجرة
لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة ؛ ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا
نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمتنع عمل الصانع باطلا ؛ ووجه ما قال ابن
القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط
من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرا إلى المصلحة
لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة . ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب
السفينة ، فقال مالك : لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من
الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من
حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدا
معه ، إلا فيما كان فيه تغريم من الأعمال ، مثل ثقب الجوهر ونقش القصود
وتقويم السيوف واحترق الخبز عند القران والطبيب يموت العليل من معالجته
وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه
إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على
العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه
الضرب والسجن والدية ، قيل في ماله ، وقيل على العاقلة .

الفصل الثالث في معرفة حكم الاختلاف

وهو النظر في الاختلاف ، وفي هذا الباب أيضا مسائل : فمنهم اختلفوا
إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة ، فقال أبو حنيفة : القول
قول رب المصنوع ، وقال مالك وابن أبي ليلى : القول قول الصانع .
وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ، ومن المدعى عليه ؟ . ومنها
إذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع ، فالقول عند
مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البينة لأنهم كانوا ضامين لما في أيديهم ؛
وقال ابن المباحشون : القول قول الصناع إن كان ما دفع إليهم دفع بغير بينة ،
وإن كان دفع إليهم بينة فلا يرعون إلا بينة ؛ وإذا اختلف الصانع ورب المتاع

تبقى دفع الأجرة ، فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام
بمحدثان ذلك ، وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع ، وكذلك إذا اختلف
المكرى والمكترى ، وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وإن طال ،
وهو الأصل . وإذا اختلف المكرى والمكترى أو الأجير والمستأجر في مدة
الزمان النى وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع
الزمان المضروب في ذلك ، فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر
لأنه الغارم ، والأصول على أن القول قول الغارم ؛ وقال ابن الماجشون :
القول قول المكترى له والمستأجر إذا كانت العين المستوفاة منها المنافع
في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك . وأما ما لم يكن في قبضه مثل الأجير فالقول قول
الأجير . ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين
في الدواب وفي الرواحل ، وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة
أو نوعها ، أو قدر الكراء أو نوعه ، فإن كان اختلافهما في نوع المسافة ،
أو في نوع الكراء ، فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن ،
قال ابن القاسم : انعقد أولم ينعقد ، وقال غيره : القول قول رب الدابة إذا
انعقد وكان يشبه ما قال . وإن كان اختلافهما في قدر المسافة ، فإن كان قبل
الركوب أو بعد ركوب يسير ، فالتحالف والتفاسخ ، وإن كان بعد ركوب
كثير ، أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة
إن انتقد وكان يشبه ما قال ، وإن لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على
أعظم المسافتين ، فاجعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه ، وكذلك
إن انتقد ولم يشبه قوله وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول
المكترى نقد أولم ينقد لأنه مدعى عليه . وإن اختلفا في الأمرين جميعا في المسافة
والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة : اكتريت منك إلى قرمونة بدينارين
ويقول المكترى بل بدينار إلى إشبيلية ، فإن كان أيضا قبل الركوب أو بعد
ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاخضا ، وإن كان بعد يسير كثير
أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة ، فإن كان لم ينقد المكترى شيئا كان
القول قول رب الدابة في المسافة ، والقول قول المكترى في الثمن ، ويغرم من
الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة ، على أنه لو كان الكراء به إلى إشبيلية
وذلك أنه أشبه قول المكترى ، وإن لم يشبه ما قال وأشبه رب الدابة غرم دينارين

وإن كان المكترى تقد الثمن الذى يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة فى المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشيء منه إذ هو مدعى عليه فى بعضه ، وهو يقول : بل هو لى بزيادة ، فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ، ولا يقبل قوله فى الزيادة ، ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه ، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاه ، وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجعل

والجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشاركة الطبيب على البرء والمعلم على الخذاق والناشد على وجود العبد الآبق . وقد اختلف العلماء فى منعه وجوازه ؛ فقال مالك : يجوز ذلك فى اليسير بشرطين : أحدهما أن لا يضرب بذلك أجلا . والثانى أن يكون الثمن معلوما ؛ وقال أبو حنيفة : لا يجوز ؛ وللشافعى قولان وعمدة من أجازه قوله تعالى - ولئن جاء به حملٌ يغير وأنا به زعيم - وإجماع الجمهور على جوازه فى الإباق والسؤال . وما جاء فى الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأمر القرآن ، وقد تقدم ذلك . وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياسا على سائر الإجازات ، ولا خلاف فى منعه مالك أن الجعل لا يستحق شئ عنه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم . واختلف مالك وأصحابه فى هذا الباب فى كراء السفينة ، هل هو جعل أو إجارة فقول مالك : ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ ، وهو قول ابن القاسم ذهابا إلى أن حكمها حكم الجعل . وقال ابن نافع من أصحابه : له قدر ما بلغ من المسافة ، فأجرى حكمه مجرى الكراء . وقال أصبغ : إن بلجج فهو جعل وإن لم يلجج فهو إجارة له بحسب الموضع الذى وصل إليه . والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحلّه وشروطه وأحكامه ومحلّه هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه ، لأنه إذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل^١ .

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله للعمل ، لأن الملتزم للجعل هو المنتفع ، أو تجعل اللام للعلة ، تأمل اه مصححه

ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها ، وقلنا على حكم الجعل إنه إذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء ، فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوّضه من عمله بأجر وذلك ظلم ، ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو إجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على خضر الآبار ، وقالوا في المغارسة إنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة ، وهي عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما ، فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض متفق عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب القراض

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام . وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا ، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الفرق بالناس ، وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد ، وإن كان اختلفوا فيما هو تعدد مما ليس بتعد . وكذلك أجمعوا بالحملة على أنه لا يقترب به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه وإن كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى . وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا في غير ذلك . وبالحملة فالنظر فيه : في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ، ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم .

الباب الأول في محله

أما صفته فقد تقدمت . وأنهم أجمعوا عليها . وأما محله فإنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض ، وجوزّه ابن أبي ليلى . وحجة الجمهور أن

رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة مآ ، ويرده وهو يساوى قيمة غيرها ، فيكون رأس المال والربح مجهولاً . وأما إن كان رأس المال ما به إيباع العروض ، فإن مالكا منعه والشافعي أيضاً ، وأجازه أبو حنيفة . وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول ، ويشبه أن يكون أيضاً إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع ، وحينئذ ينقض رأس مال القراض ، وكذلك إن أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ، ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ، ولعل هذا هو الذي جوزّه ابن أبي ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ؛ فإنهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوباً يبيعه ، فما كان فيه من ربح فهو بينهما ، وهذا إنما هو على أن يجعل أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ، ويشبه أيضاً إن جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض في تصديقه رب المال بخرصه على أخذ القراض منه . واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة ، فروى عنه أشهب منع ذلك ، وروى ابن القاسم جوازه ، ومنعه في المصوغ ، وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي ، فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ، ومن أجازه شبهها بالدرهم والدنانير . لقلة اختلاف أسواقها . واختلف أيضاً أصحاب مالك في القراض بالفلوس ، فمنعه ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، وبه قال محمد بن الحسن ؛ وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه ؛ أما العلة عند مالك فخافة أن يكون أعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه ، فيكون الربا المنهى عنه . وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة ، فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة . واختلفوا فيمن أمر رجلاً أن يقبض ديناً له على رجل آخر ، ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه ، لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة ، وهو ما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد ؛ وأجاز ذلك الشافعي والكوفي ، قالوا : لأنه وكله على القبض ، لأنه جعل القبض شرطاً في المصارفة ، فهذا هو القول في محله . وأما صفته فهي الصفة التي قلناها .

الباب الثاني في مسائل الشروط

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى
مجهلة زائدة . ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح
شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز ، لأنه يصير ذلك الذي
انعقد عليه القراض مجهولا ، وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع
القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع
نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه . وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل ؛ فمن ذلك
اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي
لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قرض لا قراض ؛ فقال رأي أنه إحسان من
رب المال وتطوع ، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال
الكثير ؛ والشافعي رأى أنه غرر ، لأنه إن كان خسران فعلى رب المال
وبهذا يفارق القرض ، وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء . ومنها إذا
شرط رب المال الضمان على العامل ، فقال مالك : لا يجوز القراض وهو فاسد ،
وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه ؛ القراض جائز والشرط باطل .
وعمد مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد ؛ وأما أبو حنيفة .
فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على
حديث بريرة المتقدم . واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص
التصرف ، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس مآ من السلع ، أو تعيين جنس مآ
من البيع ، أو تعيين موضع مآ للتجارة ، أو تعيين صنف مآ من الناس يتجر
معهم . فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع : لا يجوز ذلك إلا أن
يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا مآ من أوقات السنة ؛ وقال
أبو حنيفة : يلزمه ما اشترط عليه ، وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن .
فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم
الغرر بذلك ؛ وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك ، كما لو اشترط عليه
أن لا يشتري جنسا مآ من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع . ولا يجوز
القراض المؤجل عند الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخ ؛ فمن لم يحزه

رأى أن في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر ، لأنه ربما بارتـ
عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ؛ ومن أجاز
الأجل شبه القراض بالإجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب
المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح ، فقال مالك في الموطأ :
لا يجوز ، ورواه عنه أشهب ؛ وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن
مالك ، ويقول مالك قال الشافعي . وحجة من لم يجزه أنه تعوض حصة العامل
ورب المال مجهولة ، لأنه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه ،
وتشبيهاً باشتراط زكاة أصل المال عليه : أعني على العامل ، فإنه لا يجوز باتفاق
وحجة ابن القاسم أنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة وإن لم يكن معلوم القدر ،
لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى ، فكأنه اشترط عليه في الربح الثلث
إلا ربع العشر ، أو النصف إلا ربع العشر ، أو الربع إلا ربع العشر ، وذلك
جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال ، لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم
النسبة ، فكان ممكناً أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً ، وهل يجوز أن
يشترط ذلك المقارض على رب المال ؟ في المذهب فيه قولان : قيل بالفرق بين
العامل ورب المال ، وقيل يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولا يجوز
أن يشترطه رب المال على العامل ؛ وقيل عكس هذا . واختلفوا في اشتراط
العامل على رب المال غلاماً بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال ،
فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة ؛ وقال أشهب من أصحاب مالك : لا يجوز
ذلك ، فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى
أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال . فأما إن اشترط العامل غلامه ،
فقال الثوري : لا يجوز ، وللغلام فيما عمل أجرة المثل ، وذلك أن حظ العامل
يكون عنده مجهولاً .

القول في أحكام القراض

والأحكام ، منها ما هي أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هي أحكام
القراض الفاسد . وأحكام القراض الصحيح ، منها ما هي من موجبات العقد ،
أعني أنها تابعة لموجب العقد ، ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ؟ ومنها
أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجباً من نفس العقد ، مثل التعدي

والاختلاف وغير ذلك : ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء
 الأمصار . ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول : إنه أجمع العلماء على أن
 الزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم
 يشرع العامل في القراض . واختلفوا إذا شرع العامل ، فقال مالك : هو لازم ،
 وهو عقد يورث ، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل
 أبيهم ، وإن لم يكوّنوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة :
 لكل واحد منهم الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقد يورث . فمالك ألزمه بعد
 الشروع في العمل لما فيه من ضرر ، ورآه من العقود الموروثة . والفرقة الثانية
 شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل . ولا خلاف بينهم أن
 المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينضج جميع رأس المال ، وأنه إن
 خسر ثم اتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح . واختلفوا في الرجل يدفع إلى
 رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد
 المقارض أن يجعل رأس المال ببقية المال بعد الذي هلك ، هل له ذلك أم لا ؟
 فقال مالك وجمهور العلماء : إن صدّق قرب المال ، أو دفع رجل مالا قراضا
 لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون
 الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس
 ماله وينقطع القراض الأول . وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه
 في ذلك القول ، ويكون الباقي قراضا ، وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارئ ،
 ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة ، وهي من أحكام العقد .
 واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :
 فقال الشافعي في أشهر أقواله : لا نفقة له أصلا إلا أن يأذن له رب المال ؛
 وقال قوم : له نفقته ، وبه قال إبراهيم النخعي والحسن ، وهو أحد ما روى
 عن الشافعي ؛ وقال آخرون : له النفقة في السفر من طعامه وكسوته ، وليس
 له شيء في الحضر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء ، إلا
 أن مالكا قال : إذا كان المال يحمل ذلك ؛ وقال الثوري : ينفق ذاهبا ولا
 ينفق راجعا ؛ وقال الليث : يتغلى في المصر ولا يتعشى ؛ وروى عن الشافعي
 أن له نفقته في المرض ، والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أن لا نفقة له

في المرض . وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز . أصله المنافع . وحجة من أجازته أن عليه العمل في الصدر الأول ، ومن أجازته في الحاضر شبهه بالسفر . وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بمحضرة رب المال ، وأن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بيئته ولا غيرها .

القول في أحكام الطوارئ

واختلفوا إذا أخذ المقرض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال أو بعضه ؛ فقال مالك : إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : ما أخذ العامل يردده ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلا إن كان هنالك . واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن يتقلده للبائع . فقال مالك : البيع لازم للعامل ، ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ، ثم تكون بينهما على ما شرط من المقارضة ، وإن شاء تبرأ عنها ؛ وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبه بالوكيل ، إلا أنه قال : يكون رأس المال في ذلك القراض الثمين ، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينا : أعني ثمن تلك الساعة التي تلفت أولا ، والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك . واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض ، فكره ذلك مالك ، وأجازته أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازته الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله . ووجهه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه ، فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا أعرف خلافا بين فقهاء الأمصار أنه إن تكرى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنها على العامل لأجل رب المال ، لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجربه ، فما كان من خسران في المال فغليه ، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه . واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجرب به مع مال القراض ، فقال مالك : ذلك

لا يجوز ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ذلك جائز ، ويكون الربح بينهما على شرطهما . وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة ، كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها : واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به رب المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فإن فعل ضمن ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : له ذلك . والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال ؛ فمن رأى أن يتصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه ؛ ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازوه . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة . والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال ، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا : هو تعدّ ويضمن ؛ وقال مالك : ليس بتعد . ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران ؛ وإن كان ربح فذلك على شرطه ، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه ، فيوفيه حظه مما بقي من المال وقال المزني عن الشافعي : ليس له إلا أجره مثله ، لأنه عمل على فساد .

القول في حكم القراض الفاسد

واتفقوا على أن يحكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل . واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال : أحدها أنه يرد جميعه إلى قراض مثله ، وهي رواية ابن الماجشون عن مالك ، وهو قوله وقول أشهب . والثاني أنه يرد جميعه إلى إجارة مثله ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك ، وحكي عن عبد الوهاب أنها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه ، وإنما له الأقل مما سمي أو من قراض مثله إن كان رب المال هو مشروط الشرط على المقارض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذي سمي له إن كان المقارض هو مشروط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد القراض ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك : والرابع أنه يرد إلى

قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال بما ليس
ينفرد أحدهما بها عن صاحبه ، وإلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد
المتقارضين خالصة اشترطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل
الغرر والجهل ، وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأضيق ،
واختاره ابن حبيب ؛ وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة ،
فبعضها وهو الأكثر قال : إن فيها أجرة المثل ، وفي بعضها قال : فيها قراض
المثل . فاختلف الناس في تأويل قوله ؛ فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على
الفرق الذي ذهب إليه ابن عبد الحكم ومطرف ، وهو اختيار ابن حبيب
واختار جدي رحمه الله عليه . ومنهم من لم يعلل قوله وقال : إن منزهة أن كل
قراض فاسد ففيه أجرة المثل إلا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة :
القراض بالعروض ، والقراض بالضمآن ، والقراض إلى أجل ، والقراض المبهم ،
وإذا قال له اعمل علي أن لك في المال شركا ، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا
بما لا يشبه فحلفا على دعواهما ، وإذا دفع إليه المال على أن لا يشتري به
إلا بالدين فاشترى بالنقد ، أو على أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا والسلعة
غير موجودة فاشترى غير ما أمر به . وهذه المسائل يجب أن ترد إلى علة
واحدة ، وإلا فهو اختلاف من قول ابن القاسم ، وحكي عبد الوهاب عن
ابن القاسم أنه فصل فقال : إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل ،
وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل ،
والأشبه أن يكون الأمر في هذا بالعكس . والفرق بين الأجرة وقراض المثل
أن الأجرة تتعاق بلزمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن ، وقراض
المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه ، وإلا فلا شيء له .

القول في اختلاف المتقارضين

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي
تقارضا عليه ، فقال مالك : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ، وكذلك
الأمر سنده في جميع دعاويه إذا أتى بما يشبه ، وقال الليث : يحمل على قراض
مثله ، وبه قال مالك إذا أتى بما لا يشبه ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : القول قول

رب المال ، وبه قال الثوري ؛ وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاخنان ، ويكون له أجرة مثله . وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه ، هل ذلك لأنه مدعى عليه ، أو لأنه في الأغلب أقوى شبهة ؛ فمن قال لأنه مدعى عليه قال القول قول رب المال ؛ ومن قال لأنه أقواهما شبهة في الأغلب قال : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ؛ وأما الشافعي فمقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة . وهذا كاف في هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب المساقاة

القول في المساقاة

أما أولا ففي جوازها . والثاني : في معرفة الفساد والصحة فيها . والثالث : في أحكامها .

القول في جواز المساقاة

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأحمد وداود ، وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ، ومن الإجارة المجهولة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلا . وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها » أخرجه البخاري ومسلم وفي بعض رواياته « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمر » وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود خيبر يوم افتتح خيبر « أَقِيرْكُمْ عَلَى مَا أَقَرَّكُمْ اللهُ عَلَى أَنْ التَّمَرِ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ » قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يبيح عبد الله بن رباح فيحرص بينه وبينهم ، ثم يقول « إن شئتم فلكم » وإن شئتم فلي ، وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار في معناه ، وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبيد ، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، إلا أنا إذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفا للأصول ، لأنه بيع ما لم يخلق ؛ وأيضا فإنه من المزابنة ، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا ، لأن القسمة بالحرص بيع الحرص ، واستدلوا على مخالفته للأصول بما روى في حديث عبد الله بن رباح أنه كان يقول لهم عند الحرص « إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين ، وإن شئتم فلي وأضسن نصيبكم » وهذا حرام بإجماع . وربما قالوا إن النهي الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخير . والجمهور يرون أن المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، قالوا : وما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها ، لأن المساقاة تقتضي جواز ذلك ، وهو خاص أيضا في بعض روايات أحاديث المساقاة ، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي ، أعني بما جاء من « أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

القول في صحة المساقاة

والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها ، وفي وقتها ، وفي شروطها المشترطة في أركانها . وأركانها أربعة : المحل المخصوص بها . والجزء الذي تنعقد عليه . وصفة العمل الذي تنعقد عليه . والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها . (الركن الأول : في محل المساقاة) واختلفوا في محل المساقاة ، فقال داود : لا تكون المساقاة إلا في النخيل فقط ؛ وقال الشافعي : في النخل والكرم فقط ؛ وقال مالك : تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة ، وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقائ والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تستغل ؛ فعمدة من قصره على

النخل أنها رخصة ، فوجب أن لا يتعدى بها محالها الذى جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذح فيها سبب عام ، فوجب تعدية ذلك إلى الغير . وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التى علقت الرخص بالنص بها ؛ وقوم منعوا القياس على الرخص ؛ وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة ، فالمساقاة على أصوله مطردة ؛ وأما الشافعى فإنما أجازها في الكرم من قبل أن الحكم في المساقاة هو بالحرص ، وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالحرص في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة ، فكأنه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة ، والحديث الذى ورد عن عتاب بن أسيد هو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره أن يحرص العنب وتؤدى زكاته زيبيا ، كما تؤدى زكاة النخل تمرا » ودفع داود حديث عتاب ابن أسيد لأنه مرسل ، ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق وليس بالقوى . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع التمر ، هل يجوز أن تساق الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب إلى جواز ذلك طائفة ، وبه قال صاحب أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ؛ وقال الشافعى وأهل الظاهر : لا تجوز المساقاة إلا في التمر فقط ؛ وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزءا خارجا منها أو لم يشترطه ، وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ، أعنى أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه ، لأنها زيادة ازدادها عليه ؛ وقال الشافعى : ذلك جائز ١ : وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا ، أعنى على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم : وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهى عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج ، وقد تقدم

(١) هكنا بالنسخ ، ولعله متناقض في النقل عن الشافعى ، فإنه نقل عنه أولا أنه لا يجوز إلا في الثمرة وهنا أنه تجوز المساقاة في الأرض والنخل معا فلعل له قولين ، تأمل اه مصححه .

ذلك ؛ وقال أحمد بن حنبل : أحاديث رافع مضطربة الإلفاظ ، وخديث ابن عمر أصح . وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسان مبنى على غير الأصول ، لأن الأصول تقتضي أنه لا يفرق بين الجائر من غير الجائر بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل ؛ فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن ؛ وقال الليث : لا تجوز المساقاة في البقل ، وإنما أبجازها الجمهور لأن العامل وإن كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه أعمال أخرى ، مثل الإبار وغير ذلك ؛ وأما الليث فيرى السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد عليه المساقاة ، ولمكانه وردت الرخصة فيه .

(الركن الثاني) وأما الركن الذي هو العمل ، فإن العلماء بالجملة أجمعوا على أن التي يجب على العامل هو السقي والإبلر . واختلفوا في الجذاذ على من هو ؟ وفي سد الحظار وتنقية العين والهبانية . أما مالك فقال في الموطأ : السنة في المساقاة التي يجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر ، هذا وأشباهه هو على العامل ، وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ، ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعي : ليس عليه سد الحظار لأنه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الإبار والسقي . وقال محمد بن الحسن : ليس عليه تنقية السواني والأنهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي : هو على العامل ، إلا أن مالكا قال : إن اشترطه العامل على رب المال جاز ؛ وقال الشافعي : لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة إن وقع ؛ وقال محمد بن الحسن : الجذاذ بينهما نصفان ؛ وقال المصنفون من أصحاب مالك : إن العمل في الحائط على وجهين : عمل ليس له تأثير في إصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير في إصلاحها . والذي له تأثير في إصلاحها منه ما يتأيد ويبقى بعد الثمر ، ومنه ما لا يبقى بعد الثمر . فأما الذي ليس له تأثير في إصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط إلا الشيء اليسير منه . وأما ماله تأثير في إصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد ، مثل إنشاء حفر بئر ، أو إنشاء ظفيرة للماء ، أو إنشاء غرس ، أو إنشاء بيت يحني فيه الثمر . وأما ماله تأثير في إصلاح الثمر ولا يتأيد ، فهو لازم بنفس

العقد ، وذلك مثل الحفر والسقي وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاف وما أشبه ذلك ؛ وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل . واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقى ، فقال مالك : يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما إن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز ؛ وقال الشافعى : لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط ، وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك ؛ وقال محمد بن الحسن : لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ؛ ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ؛ ومن أجازوه رأى أن ذلك تافه ويسير ، ولتردد الحكم بين هذين الأضلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذى يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم ، لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر ، وإنما فرق محمد بن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة ، وهو العمل بيده . واتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لا يجوز ، لأنها إجارة بما لم يخلق ، فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

(الركن الثالث) وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر ، فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض ، وقد قيل إن ذلك منحة لامساقاة ، وقيل لا يجوز . واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة ، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئا من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظائر وإصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ؛ ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين : أحدهما على جزء ، والآخر على جزء آخر ، واحتج بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر ، وذلك أنه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد ، وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في الثمر لا تكون إلا بالكيل ، وكذلك في الشركة ، وأنها لا تجوز بالخرص ؛ وأجاز قوم قسمتها بالخرص . واختلف في ذلك أصحاب مالك ، واختلفت الرواية عنه ، فقيل يجوز ، وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك ، وقيل يجوز بإطلاق إذ

اختلفت حاجة الشريكين . وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزاينة ويدخله بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام نسيئة . وحجة من أجاز قسمتها بالحرص تشبيهها بالعرية وبالحرص في الزكاة ، وفيه ضعف . وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الحرص في مساقاة خبير من مرسل سعيد ابن المسيب وعطاء بن يسار .

(الركن الرابع) وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان : وقت هو مشروط في جواز المساقاة ، ووقت هو شرط في صحة العقد ، وهو المحدد للمساواة . فأما الوقت المشروط في جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح . واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح ، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون : من أصحاب مالك لا بأس بذلك . واختلف قول الشافعي في ذلك ؛ فمرة قال : لا يجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه إنها لا تجوز إذا خلق الثمر . وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدأ صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة إذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت ؛ قالوا : وإنما هي إجازة إن وقعت . وحجة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز ، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لأنه يجوز بيعها ، أعني عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة ، فإن الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولا : أعني مدة غير مؤقته ، وأجاز طائفة أن يكون إلى مدة غير مؤقته منهم أهل الظاهر . وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياسا على الإجارة ؛ وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم « أقركم ما أقركم الله » وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين ، وانقضاء السنين فيها هو بالحد لا بالأهلة . وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد ، فاختلوا في ذلك ؛ فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها أن لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تنعقد بلفظ الإجارة ، وبه قال الشافعي ؛ وقال غيرهم : تنعقد بلفظ الإجارة ، وهو قياس قول سحنون .

القول في أحكام الضحّة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ ، وهو عند مالك عقد موروث ، ولورثة المساق أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء ، وعليه العمل إن أبي الورثة من تركته ؛ وقال الشافعي إذا لم يكن له تركة سلم إلى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد ، وإن كانت له تركة لزمته المساقاة ؛ وقال الشافعي : تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل ؛ وقال مالك إذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وإن يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر ، وإذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك . وحكى عن الشافعي أنه قال : يلزمه أن يقيم غيره للعمل ؛ وقال الشافعي : إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ، ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ، ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء : وإذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر ، فقال مالك : القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه ؛ وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاسخان ، وتكون للعامل الأجرة شبهه بالبيع ؛ وأوجب مالك اليمين في حق العامل لأنه مؤتمن ، ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة . وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها .

أحكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي يجوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل . واختلفوا إذا فاتت بالعمل ما إذا يجب فيها ؟ فقيل لأنها ترد إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد ، وهو قياس قول الشافعي وقيل : إحدى الروايتين عن مالك ؛ وقيل : إنها ترد إلى مساقاة المثل بالإملاء ، هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ؛ وأما ابن القاسم فقال في بعضها :

ترد إلى مساقاة مثلها ، وفي بعض أ : إلى إجارة المثل . واختلف التأويل عنه في ذلك ، فقليل في مذهبه إنها ترد إلى إجارة المثل إلا في أربع مسائل فإتيا ترد إلى مساقاة مثلها : إحداها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمعتم . والثانية إذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه . والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة . والرابعة إذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف ؛ وقيل إن الأصل عنده في ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الإجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبلو صلاحه ، وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها إلى أجرة المثل ، مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنائير أو دراهم ، وذلك أن هذه الزيادة إن كانت من رب الحائط كانت إجارة فاسدة ، وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل ، وهذا كله استحسان جاز على غير قياس . وفي المسئلة قول رابع ، وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان قلمساقى ، أو أقل إن كان الشرط للمساقى ، وهذا كاف بحسب غرضنا .

((بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما))

كتاب الشركة

والنظر في الشركة ، في أنواعها ، وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر اختلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب . والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع : شركة العنان : وشركة الأبدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه . واحدة منها متفق عليها ، وهى شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ماسياتى بعد . والثلاثة مختلف فيها ، ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

القول في شركة العنان

وأركان هذه الشركة ثلاثة : الأول : محلها من الأموال . والثاني : في معرفة

قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

١ (الركن الأول) فأما محل الشركة ، فنه ما اتفقوا عليه ، ومنه ما اختلفوا فيه ؛ فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين : أعنى الدنانير والدرهم ، وإن كانت في الحقيقة يباعا لاتقع فيه مناجزة ، ومن شرط البيع في الذهب وفي الدرهم المناجزة ، لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشركة ؛ وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكرنان بصنفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة ، مثل الشركة بالدنانير . من أحدهما والدرهم من الآخر ، وبالطعام الربوي إذا كان صنفا واحدا ، فهنا ثلاث مسائل :

(المسئلة الأولى) فأما إذا اشتركا في صنفين من العروض ، أو في عروض ودرهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه إنه كره ذلك . وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كأن كل واحد منهما باع جزءا من عرضه بجزء من العرض الآخر ؛ ومالك يعتبر في العروض إذا وقعت فيها الشركة القيم ؛ والشافعي يقول : لاتعقد الشركة إلا على أثمان العروض ؛ وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدرهم والدنانير ، قال : والقياس أن الإشاعة فيها تقوم مقام الخياط .

(المسئلة الثانية) وأما إن كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدرهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف في ذلك قول مالك ، فأجازه مرة ، ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدرهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التنجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التنجز ؛ وبالمع قال ابن القاسم ، ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها .

(المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد ، فأجازها ابن القاسم قياسا على إجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قولييه وهو المشهور بعدم المناجزة التي يدخل فيه ، إذ

رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالإجماع ؛ وقد قيل إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر إلى الاستواء في القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء في الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك ؛ فهذا هو استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد ، فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة ، واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلط إما نحسا وإما حكما ، مثل أن يكونا في صندوق واحد وأبديهما مطلقة عليهما ؛ وقال الشافعي : لا تصح الشركة حتى يختلط مالهما خلطا لا يتميز به مال أحدهما من مال الآخر ؛ وقال أبو حنيفة : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده . فأبو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ؛ ومالك اشترط إلى ذلك اشتراك التصرف في المال ؛ والشافعي اشترط إلى هذين الاختلاط ؛ والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد عنه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

(فأما الركن الثاني) وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعا لرءوس الأموال ، أعني إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين . واختلفوا هل يجوز أن يختلف رءوس أموالهما ويستويان في الربح ؟ فقال مالك والشافعي : ذلك لا يجوز ؛ وقال أهل العراق : يجوز ذلك . وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءا من الخسران لم يجوز كذلك إذا اشترط جزءا من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين . أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطالحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملا فقط كان في الشركة أخرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذا كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذي هو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال

فلا يعتبر بنفسه ، وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال ؛ وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالاها متساويين التهااتا إلى العمل ، فإنهم يرون أن العمل في الغالب مستو فإذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ، ولهذا قال ابن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين ما لامثل مال صاحبه من نوعه : أعني دراهم أو دنائير ، ثم يخلطانها حتى يصيرا مالا واحدا لا يتميز . على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه ، واشترطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً ، والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

القول في شركة المفاوضة

واختلفوا في شركة المفاوضة ؛ فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها ، وإن كانا يختلفوا في بعض شروطها ؛ وقال الشافعي : لا يجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع الممتلكات . وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ، ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ؛ وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربها لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز ، وهذه صفة شركة المفاوضة . وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءا من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وكل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده . والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعا ووكالة . وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في أنه لا يرعى في شركة العنان إلا القدر فقط . وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة ، فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى في رءوس الأموال ؛ وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان ؛ وقال أبو حنيفة : لا يكون لأحدهما شيء .

إلا أن يدخل في الشركة . وعمدتهم أن أسم المفاوضات يقتضى هذين الأمرين ،
أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما ،

القول في شركة الأبدان

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ، ومنع منها
الشافعي . وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ، لأن
ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند
صاحبه . وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنية ، وهم إنما استحقوا ذلك
بالعمل . وما روى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر ، فأصاب سعد
فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئا ، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما .
وأیضا فان المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة ؛
وللشافعي أن المفارضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه
أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ؛ ومن شرطها عند مالك اتفاق
الصنعتين والمكان ؛ وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، فيشارك
عنده الدباغ والقصار ، ولا يشتركان عند مالك . وعمدة مالك زيادة الغرر
الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان . وعمدة أبي حنيفة
جواز الشركة على العمل .

القول في شركة الوجوه

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة ؛ وقال أبو حنيفة : جائزة . وهذه
الشركة هي الشركة على الذم من غير صنة ولا مال . وعمدة مالك والشافعي
أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان في هذه
المسئلة ، ثم ما في ذلك من الغرر ، لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بنكسب
غير محابود بصناعة ؛ لا عمل مخصوص ؛ وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال
فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

القول في أحكام الشركة الصحيحة

وهي من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة : أى لأحد الشريكين أن

ينفصل من الشركة متى شاء ، وهي عقد غير موروث ، ونفقتها وكسوتها من مال الشركة إذا تقاربا في العيال ولم يخرججا عن نفقة مثلها ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يهب شيئا من مال الشركة ، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفا يرى أنه نظر لهما ؛ وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض ، فإنه يضمن لأنه قصر إذ لم يشهد ، وله أن يقبل الشيء المعيب في الشراء وإقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز ، وتجاوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم)

كتاب الشفعة

والنظر في الشفعة أولا في قسمين : القسم الأول : في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه . القسم الثاني : في أحكامه .

(القسم الأول) فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ، لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

(الركن الأول) وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ؛ وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ؛ وقال أهل المدينة : لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم . وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة ،

وحديث جابر أيضا « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » حرجه مسلم والترمذي وأبو داود ، وكان أحمد بن حنبل يقول : حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روى في الشفعة . وكان ابن معين يقول : مرسل مالك أحب إلي ، إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفا ، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهينا له ، وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ، ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار ، وأيضا فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم . وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجار أحق بصقبة » وهو حديث متفق عليه ، وخرج الترمذي وأبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « جار الدار أحق بدار الجار » وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لهم أيضا أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به ، ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار . وبالحملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب ، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ولأهل المدينة من الصحابة .

(الركن الثاني) وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك . فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والخوانيت والبساتين . والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينتقل ولا يحول ، وذلك كالبر ومحال النخل ، مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم . والثالث ما يتعلق به كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراء

الأرض للزرع وكتابة المكاتب . واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا ، وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك لاشفعة عنده في الطريق ولا في عرصه الدار . واختلف عنه في أكرية الدور وفي المساواة وفي الدين ، هل يكون الذي عليه الدين أحق به ، وكذلك الذي عليه الكتابة ، وبه قال عمر بن عبد العزيز . وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين » وبه قال أشهب من أصحاب مالك ، وقال ابن القاسم : لاشفعة في الدين . ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة لحرمة العتق . وقهاء الأمصار على أن لاشفعة إلا في العقار فقط . وحكى عن قوم أن الشفعة في كل شيء ما عدا المكيل والموزون ؛ ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل ، وأجازها في العرصه والطريق ؛ ووافق الشافعي مالكاً في العرصه وفي الطريق وفي البئر ، وخالفاه جميعاً في الثمار . وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْخُدُودُ وَصُرِفَتِ الطَّرِيقُ فَلَا شُفْعَةَ » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ، وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فما خرجته الترمذي عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الشَّرِيكُ شَقِيعٌ وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ » ولأن معنى ضرر الشراكة والحوار موجود كل شيء وإن كان في العقار أظهر ؛ ولما لحظ هذا مالك أجري ما يتبع العقار مجرى العقار . واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى « لاشُّفْعَةُ فِي بئرٍ » ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التي تعمل في الأرض الموات ، لا التي تكون في أرض مملوكة .

(الركن الثالث) وأما المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه للملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك . أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرث الجنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعي ؛ وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل

يعوض أو بغير عوض ، كالمهبة لغير الثواب والصدقة ، ماعدا الميراث فإنه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث ، وذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات بل ذلك نص فيها لا في بعضها فلا بيع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ، ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلاشفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي ؛ أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده في المبيع ، وأما الشافعي فلأن هبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة . واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع . . . واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري ؟ فقال الشافعي والكوفيون : الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد حرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك . واختلف في الشفعة في المساواة ، وهي تبادل أرض بأرض ، فمن مالك في ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الأشرار أو الأجانب فلم يرها في الأشرار ورأها في الأجانب .

(الركن الرابع في الأخذ بالشفعة) والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكم يأخذ ، ومتى يأخذ ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالا ، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالا ، وهو خير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليا أو يأتي بضامن مليء ، وقال الشافعي : الشفيع خير ، فإن عجل تعجلت الشفعة ولا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ؛ وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد لأنها قد دخلت في ضمان الأول ، قال : ومنا من يقول تبقى في يد الذي باعها ، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع . والذين رأوا الشفعة في ضائر المعاوضات مما ليس ببيع ، فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى في خلع . وإما أن يكون معطى في شيء

يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالحملة مكيلا ولا موزونا ، فإنه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه ؛ وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرح أخذ ذلك الشقص بذلك القدر ، مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقولة ، فإنه يأخذه بديهة الموضحة أو المنقولة . وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر ، والمشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر . فأما أن الشفيع واحد والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما إذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا من ذلك في موضعين : أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثاني إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه ، لأنهم أهل سهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصبية .

(فأما المسئلة الأولى) وهي كيفية توزيع المشفوع فيه ، فإن مالكا والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون : إن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع . وقال الكوفيون : هي على عدد البرعوس على السواء ، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر . وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والريح في شركة الأموال ؛ وأيضا فإن الشفعة إنما هي لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة . وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوفى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ، وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقدين على السوية : أعنى حظ من لم يعتق .

(وأما المسئلة الثانية) فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشرار الذين هم عصبية في الشفعة مع الأشرار الذين شركتهم من قبل السهم الواحد فقال مالك : أهل

السهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشرار معهم في المال من قبل التعصيب ، وأنه لا يدخل ذو العصبية في الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب ، مثل أن يموت ميت فترك عقارا ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تباع البنت الواحدة حظها ، فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته أختها فقط دون ابن العم ، وإن باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني ، وبهذا القول قال ابن القاسم . وقال أهل الكوفة : لا يدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصباء على ذوي السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب . وقال الشافعي في أحد قولي : يدخل ذوو السهام على العصبات والعصباء على ذوي السهام ، وهو الذي اختاره المزني ، وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعملة مذهب الشافعي عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ، ولم يقصص ذوي سهم من عصبية . ومن خصص ذوي السهام من العصبات فلأنه رأى أن الشركة مختلفة الأسباب : أعني بين ذوي السهام وبين العصبات فشبها الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذي هو المال بالقسمة بالأموال . ومن أدخل ذوي السهام على العصبية ولم يدخل العصبية على ذوي السهام فهو استحسن على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبية ، وأما إذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فقال ابن القاسم : إما أن يأخذ الكل أو يدع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب . فأما إذا باع رجلان شقصا من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وجوزاه الشافعي . وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد : أعني الأشرار ، فأراد بعضهم أن يشفع وسلم له الباقي في البيوع ، فالجمهور على أن المشتري أن يقول للشريك إما أن تشفع في الجميع أو ترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك ، وأنه ليس له أن يبيع الشفيع على المشتري إن لم يرض بتبغيضها . وقال أصيبغ من أصحاب مالك : إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا بالمشتري لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته

فقط . ولا خلاف في مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضرا ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، إلا أن يأخذ الكل أو يدع ، فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك . واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع . واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟ .

(فأما المسئلة الأولى) وهي إذا لم يكن شريكا في حال البيع ، وذلك يتصور بأن يكون يترأخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكا . فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك ؛ واختار أشهب أنه لا شفعة له ، وهو قياس قول الشافعي والكوفيين ، لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك . وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه في أثره ، لأنه يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

(وأما المسئلة الثانية) فصورتها أن يستحق لإنسان شقصا في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص مّا ، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقديم شركته قبل البيع ، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ؛ وقال قوم : لا تجب له الشفعة ، لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري ، فأما مالك فقال : إن طال الزمان فلا شفعة ، وإن لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة ؟ فإن الذي له الشفعة رجلا ن حاضر أو غائب . فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفעתه ما لم يعلم ببيع شريكه ؛ واختلفوا إذا علم وهو غائب ؛ فقال قوم : تسقط شفעתه ؛ وقال قوم : لا تستط ، وهو مذهب مالك ، والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال « الجارُ أحقُّ بِصَفَةِ » أو قال « بِشَفْعَتِهِ يَنْتَظِرُ بِهَا إِذَا كَانَ غَائِبًا » وأيضا فإن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ، فوجب عذره . وعمدة الفريق الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها . وأما الحاضر ، فإن الفقهاء اختلفوا

في وقت وجوب الشفعة له ، فقال للشافعي وأبو حنيفة : هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراخى . وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدا إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بعرفته وهو حاضر عالم ساكت ؛ ومرة حدد هذا الوقت ، فروى عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر من سنة ، وقد قيل عنه إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة . واحتج الشافعي بما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ » وقد روى عن الشافعي أن أمدها ثلاثة أيام . وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه ، وكان هذا أشبه بأصول الشافعي ، لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل ، وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر ، فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الأحكام .

القسم الثاني القول في أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة ، ولكن تذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يرث كما أنه لا يباع ؛ وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياسا على الأنوال وقد تقدم . سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ، ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع ؟ فقال مالك والشافعي : هي على المشتري ؛ وقال ابن أبي ليلى : هي على البائع . وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع ، فطروها على البيع فسخ له وعقد لها . وأجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ، ومن رأى أنها

نسخ : أعني الإقالة د واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الإقالة ؟
 فقال ابن القاسم : على المشتري ؛ وقال أشهب : هو غير ذلك ومنها اختلافهم
 إذا أحدث المشتري بناء أو غرسا أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ، ثم
 قام الشفيع يطالب شفيعه ، فقال مالك : لا شفعة إلا أن يعطى المشتري قيمة
 ما بنى وما غرس ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : هو متعد للشفيع أن يعطيه
 قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقصه د والسبب في اختلافهم تردد تصرف
 المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف
 المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس ، وذلك
 أنه وسط بينهما ، فن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ،
 ومن غلب عليه شبه التعدي قال : له أن يأخذه بنقصه أو يعطيه قيمته منقوضا .
 ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن ، فقال المشتري :
 اشتريت الشقص بكذا ، وقال الشفيع : بل اشتريته بأقل ، ولم يكن لواحد
 منهما بينة ، فقال جمهور الفقهاء : القول قول المشتري ، لأن الشفيع مدع
 والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا : القول
 قول الشفيع ، لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا
 من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة ، فقال
 ابن القاسم : القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لا يشبه
 فالقول قول الشفيع وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري
 بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين . وحكى عن مالك أنه قال : إذا كان المشتري
 ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل
 إذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع إلى القيمة ، وكذلك فيما أحسب إذا أتى
 كل واحد منهما بما لا يشبه . واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت
 العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول
 المشتري مع يمينه . وقال أشهب : البينة بينة المشتري لأنها زادت علما .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)
كتاب القسمة

والأصل في هذا الكتاب قوله - وإذا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى -
وقوله - مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيْبًا مَقْرُوضًا - وقول رسول الله صلى
الله عليه وسلم « أُيِّمًا دَارُ قُسِّمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ
وَأُيِّمًا دَارُ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقْسَمْ فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ »
والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر في القسمة
في أبواب : الباب الأول : في أنواع القسمة . الثاني : في تعيين محل نوع نوع
من أنواعها : أعني ما يقبل القسمة وما لا يقبلها ، وصفة القسمة فيها وشروطها
أعني فيما يقبل القسمة . الثالث : في معرفة أحكامها .

الباب الأول في أنواع القسمة

والنظر في القسمة ينقسم أولا إلى قسمين : قسمة رقاب الأموال . والثاني :
منافع الرقاب .
(القسم الأول من هذا الباب) فأما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن ،
فتنقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل . وقسمة
مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . وأما
ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .
(القسم الثاني) وأما الرقاب ، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ما لا ينقل ولا
يحول ، وهي الرباع والأصول . وما ينقل ويحول ، وهذان قسمان : إما غير
مكيل ولا موزون ، وهو الحيوان والعروض ؛ وإما مكيل أو موزون .
ففي هذا الباب ثلاثة فصول : الأول : في الرباع . والثاني : في العروض .
والثالث : في المكيل والموزون .

الفصل الأول في الرباع

أ. فأما الرباع والأصول ، فيجوز أن تقسم بالتراضي وبالسهم إذا عدلت

بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقاً مجملًا ، وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه . والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة ، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه ، فاختلف في ذلك مالك وأصحابه ، فقال مالك : إنها تقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدر ، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وعمدتهم في ذلك قوله تعالى - مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا - وقال ابن القاسم : لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلية عليه في الانتفاع من قبل القسمة ، وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن : وقال ابن الماجشون : يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ، وإن كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل . وقال مطرف من أصحابه : إن لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار في حظ بعضهم ما ينتفع به ، وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير ، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف : واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام ، فقال مالك : يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب ؛ وقال ابن القاسم : لا يقسم ، وهو قول الشافعي . فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضررَ ولا ضرارَ » وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى - مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا - ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه « لا تعضيبة على أهل الميراث إلا ما حمل القسم » والتعضية : التفرقة ، يقول : لا قسمة بينهم . وأما إذا كانت الرباع أكثر من واحد فلها لا تخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار في ذلك مختلفون ؛ فقال مالك : إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهيمية ، وقال أبو حنيفة والشافعي : بل يقسم كل عقار على حدة ؛

فعلمة مالك أنه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة . وعمدة الفريق الثاني أن كل عقار تعيينه بنفسه لأنه تتعلق به الشفعة . واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع المتفقة في النفاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال ؛ وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض ، فلا خلاف أنه لا يجمع في القسمة بالسهم . ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تقسم مع الثمرة إذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب ، لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر وذلك مزبنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك : أما ابن القاسم فلا يجوز ذلك قبل الإبار بحال من الأحوال ، ويعتدل لذلك لأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام متفاضلا ، ولذلك نزع أنه لم يجوز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لانسئته ولانقدا ؛ وأما إن كان بعد الإبار ، فإنه لا يجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة ، وما لم يدخل في نصيبه فهم فيه على الشركة ، والعلة في ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الإبار . ولا يجوز قبل الإبار ، فكأن أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر . ووصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامها كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة ، فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماء الأشراك وأسماء الجهات ، فنخرج اسمه في جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء في الجهات ، فنخرج اسمه في جهة تأخذ منها ، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه ، فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب . والسهم إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطيبا لنفوس المتقاسمين ، وهي موجودة في الشرع في مواضع : منها قوله تعالى - فَسَاهِمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ - وقوله - وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ - ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه « أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته ، فأشهد رسول الله صلى الله عليه

وسلم بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل ، فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع ، وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

الفصل الثاني في العروض

وأما الحيوان والعروض ، فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخِل في ذلك . واختلفوا إذا تشاح الشريكان في العين الواحدة منهما ، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشباع ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وأصحابه : يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أعطى فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر : لا يجبر ، لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع . وحجة مالك أن في ترك الإيجاب ضررا ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا في غير ما موضع إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضروري في بعض الأشياء . وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد ، فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى ؛ واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهم ، فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز . ابن أبي سلمة وابن الماجشون . واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهم من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب ، فرة أجاز القسم بالسهم فيما لا يجوز تسليم بعضه في بعض ، فجعل القسمة أخف من السلم ، ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم ؛ وقد قيل إن مذهبه أن القسمة في ذلك أخف ، وأن مسائله التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أضله الثاني . وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخبز والحريز والقطن والكتان . وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهم مع التراضى ، وذلك ضعيف لأن الغرر لا يجوز بالتراضى .

الفصل الثالث في معرفة أحكامها

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق إلا ما حكى اللخمي ، والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا ، فإن كان صنفا واحدا ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلك أحد الشريكين ، ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى : أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ، ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ، ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن . وأما إن كانت قسمته تحريا ، فقليل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ، ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريا . وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين ، فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال ، وبالوزن بالصنعة المعروفة فيما يؤزن ، لأنه إذا كان بمكيال مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ، وهذا كله على مذهب مالك ، لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير ، وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنعة المعروفة : أعنى على جهة الجمع وإن كانا صنفين ، وهذا الجواز كاه في المذهب على جهة الرضا . وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة ، وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول ، فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب .

القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع

فأما قسمة المنافع ، فإنها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أبائها ، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهاياة ، وذلك إما بالأزمان وإما بالأعيان . أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع

كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الأعيان بأن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محددة والرقاب باقية على أصل الشركة . وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض الاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض ، وذلك أيضا فيما ينقل ويحول ، أو لا ينقل ولا يحول . فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة ، وذلك في الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول ، فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد ، وذلك في الاغتلال والانتفاع واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقليل اليوم الواحد ونحوه ، وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد . وأما الاستخدام فقليل يجوز في مثل الخمسة الأيام ، وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا . وأما التهاؤ في الأعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان ، وهذا دارا تلك المدة بعينها ، فقليل يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين ، ولا يجوز ذلك في الغلة والكرء إلا في انزمان اليسير ، وقيل يجوز على قياس التهاؤ بالانزمان ، وكذلك القول في استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالزمان . فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب ، وفي المنافع وفي الشروط المصححة والمنسدة . وبقي من هذا الكتاب القول في لأحكام ..

القول في الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها فيها إلا بالطوارئ عليها . والطوارئ ثلاثة غبن ؛ أو وجود عيب ، أو استحراق . فأما الغبن فلا يوجب التسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب ، إلا على قياس من يرى له تأثير في البيع ، فيلزم على مذنبه أن يؤثر في القسمة .. وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو عن مذنب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله ، فإن وجدته في جل نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان

لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها ، وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وإن كان قائما بالعيب . وقال : أشهب : والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون : وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي ، لأن التي بالتراضي هي بيع ، وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق ، وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب . وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه ، وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد : إذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة ، لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أوطرو الوصية أو طرو وارث ، فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك . فأما إن طرأ الدين قبل في المشهور في المذهب وهو قول ابن القاسم : إن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم ، وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن ، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك . وقد قيل أيضا إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء ، وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين ، ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين ؛ وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله - من بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ - وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ما ينوي به من الدين ، وهكذا الحكم في طرو الموصى له على الورثة . وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك مكيلا أو موزونا وإن كان حيوانا أو عروضاً انتقضت القسمة ، وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه ؟ فقيل يضمن ، وقيل لا يضمن .

(بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الرهون

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانًا مَقْبُوضَةً -
والنظر في هذا الكتاب في الأركان وفي الشروط وفي الأحكام ، والأركان
هي النظر في الراهن والمرهون والمزتهن والشئ الذي فيه الرهن وصفة
عقد الرهن .

(الركن الأول) فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير
محجور عليه من أهل السداد ، الوصى يرهن لمن يلي النظر عليه إذا كان ذلك
سدادا ودعت إليه الضرورة عند مالك ؛ وقال الشافعي : يرهن لمصلحة ظاهرة
ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك . قال سحنون : فإن ارتهن في مال أسلفه
لم يجز ، وبه قال الشافعي . واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز
رهنه ؛ وقال أبو حنيفة يجوز ؛ واختلف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله
هل يجوز رهنه ؟ أعني هل يلزم أم لا يلزم ؟ فالمشهور عنه أنه يجوز : أعني
قبل أن يفلس ، والخلاف آيل إلى هل المفلس محجور عليه أم لا ؟ وكل من
صح أن يكون راھنا صح أن يكون مرتهنا .

(الركن الثاني) وهو الرهن ، وقالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط :
الأول أن يكون عينا ، فإنه لا يجوز أن يرهن الدين . الثاني أن لا يمتنع إثبات
بد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ؛ ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ
فيه المرتهن ، والخلاف مبنى على البيع . الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند
حلول الأجل ؛ ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان
كالزروع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في أداء الدين إلا إذا بدا صلاحه
وإن حل أجل الدين ؛ وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ،
ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ؛ قال أبو حامد : والأصح
جوازه ؛ ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدراهم إذا طبع عليها ،
وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي ،

هل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا . وانفقوا على أن من شرطه أن يكون إقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا إذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره الموصوب منه في يده رهنا ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء الموصوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل الموصوب منه الشيء الموصوب رهنا في يد الغاصب قبل قبضه منه ؛ وقال الشافعي : لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلا أن يقبضه . واختلفوا في رهن المشاع ، فمنعه أبو حنيفة وأجازته مالك والشافعي . والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن .

(الركن الثالث) وهو الشيء المرهون فيه ، وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن في جميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات إلا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة ، وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض ، فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السلم وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى . وقال قوم من أهل الظاهر : لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة : أعني في السلم فيه ، وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن ، لأنه قال في أول الآية - يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه - ثم قال - وإن كنتم على سقر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة - فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قِيم المتلفات وفي أروش الجنایات في الأموال ، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها إذا عفا الولي قولان : أحدهما أن ذلك يجوز ، وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود . والقول الثاني أن ذلك لا يجوز ، وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولي إلا القود فقط إذا أبي الجاني من إعطاء الدية ، ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ، ويجوز في العارية التي تضمن ، ولا يجوز فيها لا يضمن ، ويجوز أخذه في الإجراءات ،

ويجوز في الجُلُّ بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الردن في المهر ، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة ، وبالحملة فيما لا تصح فيه الكفالة . وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث : أحدها أن يكون ديناً ، فإنه لا يرهن في عين . والثاني أن يكون واجباً ، فإنه لا يرهن قبل الوجوب ، مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ، ويجوز ذلك عند مالك . والثالث أن لا يكون لزومه متوقفاً أن يجب ، وأن لا يجب كالرهن في الكتابة ، وهذه المذهب قريب من مذهب مالك .

القول في الشروط

وأما شروط الرهن ، فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان : شروط صحة ، وشروط فساد . فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن : أعني في كونه رهناً فشرطان : أحدهما متفق عليه بالحملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض . والثاني مختلف في اشتراطه ، فأما القبض فاتفقوا بالحملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى - فرهان مقبوضة - واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال : ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ؛ ومن قال شرط تمام قال : يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفسد الراهن أو يمرض أو يموت ، فذهب مالك إلى أنه من شروط تمام ، وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة . وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول - وعمدة الغير قوله تعالى - فرهان مقبوضة - وقال بعض أهل الظاهر : لا يجوز الرهن إلا أن يكون هنالك كاتب لقوله تعالى - ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة - ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدي عدل ، وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض ، وأنه متى عاد إلى يد الراهن بإذن المرتهن بعارية أو ودیعة أو غير ذلك ، فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي : ليس استدامة القبض من شرط الصحة ، فمالك عمم الشرط على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى - فرهان مقبوضة - وجود القبض واستدامته . والشافعي يقول : إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد ، فلا يحل ذلك

إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع ، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ، ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة . واتفقوا على جوازه في السفر . واختلفوا في الحضر ؛ فذهب الجمهور إلى جوازه ؛ وقال أهل الظاهر ومجاهد : لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى - وإن كنتم على سفر - الآية . وتمسك الجمهور بما ورد من « أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر » والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه إن جاء بحقه عند أجله وإلا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ ، وأنه معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » .

القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب

وهو القول في الأحكام

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة اختلافهما في ذلك ، وذلك إما من نفس العقد ، وإما لأمر طارئة على الرهن ، ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق . أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ، وكذلك إن كان غائبا ، وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز ؛ وكرهه مالك إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان . والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وبيعضه ، أعنى أنه إذا رهنه في عدد ما فأدى منه بعضه ، فإن الرهن بأسره يبقى بغيره بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم : بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق . وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت . وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه ، أصله الكفالة .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في نماء الرهن المنفصل ، مثل
 الثمرة في الشجر المرهون ، ومثل الغلة ، ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا ؟
 فذهب قوم إلى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن : أعنى الذى
 يحدث منه في يد المرتهن ، ومن قال بهذا القول الشافعى ؛ وذهب آخرون إلى
 أن جميع ذلك يدخل في الرهن ، ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى ؛
 وفرق مالك فقال : ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، فإنه
 داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فإنه لا يدخل
 في الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج
 الغلام . وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام
 « الرَّهْنُ مُحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ » قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد
 بقوله « مركوب ومحلوب » أى يركبه الراهن ويحلبه ، لأنه كان يكون غير
 مقبوض ، وذلك مناقض لكونه رهنا ، فإن الراهن من شرطه القبض ، قالوا :
 ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه ، فلم يبق إلا أن يكون
 المعنى في ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واستدلوا أيضا بعموم قوله
 عليه الصلاة والسلام « الرَّهْنُ مِمَّنْ رَهْنَهُ لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ »
 قالوا : ولأنه نماء زائد على ماضيه رهنا ، فوجب أن لا يكون له إلا بشرط
 زائد . وعمدة أبي حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ،
 ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن
 الولد حكمه حكم أمه في البيع : أى هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد في ذلك
 بالسنة المفرقة في ذلك ، وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد
 الجارية يتبع بغير شرط . والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من
 الرهن ؛ وقال قوم : إذا كان الرهن حيوانا فالمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر
 ما يعلفه وينفق عليه ، وهو قول أحمد وإسحق ، واحتجوا بما رواه أبو هريرة
 عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الرهن محلوب ومركوب » ومن هذا
 الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه ؟ فقال قوم : الرهن أمانة
 وهو من الراهن ، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ،
 ومن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ؛ وقال

قوم : الرهن من المرتهن ومصيبته منه ، ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وجهور الكوفيين . والدين قالوا بالضمان انقسموا قسمين : فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين ، وبه قال أبو حنيفة ومفيان وجماعة . ومنهم من قال : هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت ، وإنه إن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن ، وبه قال على ابن أبي طالب وعطاء وإسحق . وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ، ومن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي ، إلا أن مالكاً يقول : إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط ، فإنه لا يضمن وقال الأوزاعي وعثمان البتي : بل يضمن على كل حال قامت بيته أو لم تقم ، ويقول مالك قال ابن القاسم « ويقول عثمان والأوزاعي قال أشهب . وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن وهو من رهنه له غنمه وعليه غرمه » : أى له غلته وخراجه ، وعليه افتكاكه ومصيبته منه . قالوا : وقد رضى الراهن أمانته فأشبهه المودع عنده . وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجاً له : قد قال مالك ومن تابعه إن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة ، فوجب أن يكون كله كذلك . وقد قال أبو حنيفة : إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله « وعليه غرمه » أى نفقته . قالوا ومعنى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن مركوب ومحلوب » أى أجرة ظهره لربه ، ونفقته عليه وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام « له غنمه وعليه غرمه » أن غنمه ما فضل منه على الدين ، وغرمه ما نقص . وعمدة من رأى أنه مضمون من المرتهن أنه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلقه ، أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفي الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور ، وإن كان عند مالك كالرهن ، وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن رجلاً ارتهن فرساً من رجل ، فنفق في يده ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن : ذَهَبَ حَقُّكَ » وأما تفريق مالك بين ما يغاب

عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه . وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيرا ، فضعفه قوم وقالوا : إنه مثل استحسان أبي حنيفة ، وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل . والجمهور على أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته ، وأنه إن باعه فللمرتهن الإجازة أو الفسخ . قال مالك : وإن زعم أن إجارته ليتعجل حقه يحلف على ذلك وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه . وإذا كان الرهن غلاما أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه ، وإن كان معسرا بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال : الرد ، والإجازة ، والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي وجب به الرهن ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ، فإذا زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الأمصار : القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه ، والمرتهن مدعى ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة : وعمدة مالك ههنا أن المرتهن وإن كان مدعى فله ههنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه ، وهو كون الرهن شاهدا له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعين شبهة ، وهذا لا يلزم عند الجمهور ، لأنه قد يرهن الراهن الشيء وقيمه أكثر من المرهون فيه ، وأما إذا تلف الرهن واختلفوا في صفته ، فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله ، فإن المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه . وأما على أصول الشافعي ، فلا يتصور على المرتهن يمين إلا أن يناكره الراهن في إتلافه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن ، وليس يحتاج إلى صفة ، لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك الصفة . وإذا اختلفوا في الأمرين جميعا ، أعنى في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة

الرهن ، وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف ، وهل يشهد الحق لقيمة الرهن ، إذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن ؟ في المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ، لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا (بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحجر

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أبواب : الباب الأول : في أصناف المحجورين .
الثاني : متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأي شروط يخرجون .
الثالث : في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة .

الباب الأول في أصناف المحجورين

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى - وَابْتَئُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ - الآية . واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم ، فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم ، وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر إليهم فلم يكن عندهم مدفع ، وهو رأى ابن عباس وابن الزبير . وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار ، وهو قول إبراهيم وابن سيرين ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فمنهم من قال : الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير . ومنهم من قال : إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ، فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم . وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وإن ظهر سفه خمسة وعشرين عاما . وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب للمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالبا ، فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيرا ، قالوا : ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم

مع ارتفاع الصغر ليناس الرشد ، قال الله تعالى - فان آتلفتُم مِنْهُمْ
رَشْدًا فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ - فذل هذا على أن السبب المقتضى
للحجر هو السفه . وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ « إذ ذكر فيه لرسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه يُخَدِّج في البيوع ، فجعل له رسول الله صلى الله
عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه . » وربما قالوا : الصغر هو المؤثر في منع
التصرف بالمال ، بدليل تأثيره في إسقاط التكليف ، وإنما اعتبر الصغر لأنه
الذى يوجد فيه السفه غالبا ، كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ، ولذلك جعل
البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد ، إذ كانا يوجدان فيه غالبا ،
أعنى العقل والرشد ، وكما لم يعتبر النادر في التكليف ، أعنى أن يكون قبل
البلوغ عاقلا فيكلف ، كذلك لم يعتبر النادر في السفه ، وهو أن يكون بعد
البلوغ سفيا فيحجر عليه ، كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا . قالوا :
وقوله تعالى - ولا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ - الآية ، ليس فيها أكثر من
منعهم من أموالهم ، وذلك لا يوجب فسخ بيوعها وإبطالها .
والمحجورون عند مالك ستة : الصغير ، والسفيه ، والعبد ، والمفلس ،
والمريض ، والزوجة . وسيأتى ذكر كل واحد منهم في بابه .

الباب الثاني

متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأى شروط يخرجون ؟
والنظر في هذا الباب في موضعين : في وقت خروج الصغار من الحجر ،
ووقت خروج السفهاء . فنقول : إن الصغار بالحملة صنفان : ذكور ،
وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب ، وإما ذوصى ، وإما مهمل ،
وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب . فأما الذكور الصغار ذوو الآباء
فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وليناس الرشد
منهم ، وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو ، وذلك لقوله تعالى - وابتلوا
اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم -
واختلفوا في الإناث ، فذهب الجمهور إلى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور
أعنى بلوغ الحيض وليناس الرشد ، وقال مالك : هي في ولاية أبيها في المشهور

عنه حتى تزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها ، وروى عنه مثل قول الجمهور ، ولأصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل إنها في ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها بها ، وقيل حتى يمر بها عامان ، وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام . وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة إلا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس ، أما مخالفتها النص ، فإنهم لم يشترطوا الرشد ، وأما مخالفتها للقياس ، فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ، وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور إن الاعتبار في الذكور ذوى الآباء البلوغ وإيناس الرشد ، فاختلف قول مالك إذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه إنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور ، وقيل عنه إنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما ذوو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر : أى يقول فيه إنه رشيد إن كان مقلما من قبل الأب بلا خلاف أو بإذن القاضي مع الوصى إن كان مقلما من غير الأب على اختلاف في ذلك . وقد قيل في وصي الأب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد إلا حتى يعلم رشده وقد قيل إن حاله مع الوصى كحالته مع الأب يخرج من الحجر إذا آنس منه الرشد وإن لم يخرج وصيه بالإشهاد ، وإن المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الأب . وأما ابن القاسم فذهب أن الولاية غير معتبر ثبوتها إذا علم الرشد ، ولا سقوطها إذا علم السفه ، وهى رواية عن مالك ، وذلك من قوله في اليتيم لافى البكر ، والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أنعماله كلها مردودة وإن ظهر رشده حتى يخرج من الولاية ، وهو قول ضعيف ، فإن المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ما هو ؟ فإن مالكا يرى أن الرشد هو تمييز المال وإصلاحه فقط ، والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين . وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين ؟ وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا يخرج من الولاية إلا بالإخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك ، وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون . ولم يختلف قولهم إنه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم . وأما المهمل من

الذكور فإن المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم كان سفياً متصل السفه أو غير متصل السفه ، معلناً به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع ، فإن كان رشداً جاز وإلا رده . فأما اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي فإن فيها في المذهب قولين : أحدهما أن أفعالها جائزة إذا بلغت الحيض . والثاني أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور .

الباب الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة

والنظر في هذا الباب في شيئين : أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والإجازة ، وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصي ، وهؤلاء كما قلنا إما صغار وإما كبار متصلو الحجر من الصغر وإما مبتدأ حجرهم . فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا الحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي ، فإن أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن رآه رشداً أجازته وإلا أبطله ، وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك ، وإن عمل في ذلك حتى يلى أمره كان النظر إليه في الإجازة أو الرد . واختلف إذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي أن يفعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه ، فالمشهور أن ذلك له ، وقيل إن ذلك ليس له ، ويلزم الصغير ما أئسد في ماله مما لم يؤتمن عليه . واختلف فيما أفسد وكسر مما أؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بلوغه رشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث به في صغره . واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره ، فالمشهور أنه لا يلزمه . وقال ابن كنانة : يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين . واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه ؟ فالمشهور أنه لا يحلف ، وروى عن مالك والليث أنه يحلف . وحال البكر ذات الأب والوصي كالذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها . فما السفية البالغ ، فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالها

مضى طلاقه وخلعه ، إلا ابن أبي ليلى وأبا يوسف ، وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال : إنه ينفذ ، وقال الجمهور : إنه لا ينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافا في نفوذها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده ، فيلزمه عتقها ، وهذا كله في المذهب ، وهل يتبعها ما لها ؟ فيه خلاف ، قيل يتبع ، وقيل لا يتبع ، وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض ، فهو أيضا موقوف على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن لم يكن له ولي قدم له ولي ، فإن رد بيعه الولي وكان قد أثلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء ، وكذلك إن أثلف عين المبيع .

وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال : فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة ، وإن كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا ، وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وإن ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين برشده . وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه . فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ ، والبكر ذات الأب ، والوصي ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف في حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين إلى الستين ، والذي يحكم له يحكم الرشد وإن علم سفهه ، فمنها السفه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ، ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك ، خلافا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لانفس الولاية ، والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون . وأما الذي يحكم عليه بالسفه بحكم ما لم يظهر رشده : فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب ، وحال البكر ذات الأب التي لاوصى لها إذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يظهر رشدها ، وما لم تبلغ الحد المعبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمة التي لاوصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه : فمنها حال البكر المعنسة عند من يعتبر التعنيس ، وأما التي دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعبر من السنين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حال الابن ذي الأب إذا بلغ وجهته حاله على إحدى

الروایتین ، والابنة البسکر بعد بلوغها على الرواية التي لا تعتبر فيها دخولها مع زوجها . فهذه هي جمل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة .
(بسم الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب التغليس

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلاس ، وفي أحكام المفلس ، فنقول :
إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون في ماله وفاء بديونه . والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلا ، وفي كلا الفلاس قد اختلف العلماء في أحكامهما . فأما الحالة الأولى وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ، فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟ بل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم ، وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال ينفي بدينه ، فأبى أن ينصف غرماءه ، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ، أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه ؟ فالجمهور يقولون : يبيع الحاكم ماله عليه ، فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق . وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل « أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله ، وحديث أبي سعيد الخدري « أن رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه : أما بعد ، فإن الأسفيع « أسفيع جهينة » رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ، وأنه إذا أن مغرضا فأصبح قدرين عليه ، فمن كان له عليه دين فليأتنا . وأيضا من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض

محجورا عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء ، وهذا القول هو الأظهر ، لأنه أعدل والله أعلم . وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوسا ، فيبيع القاضي حينئذ ماله ويقسمه على الغرماء ، فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين ، فلما طالبه الغرماء قال جابر « فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته ، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي ، ويحللوا أبي ، فأبوا ، فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال : ولكن ساعنك وعليك » قال : فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال : فجلذتها فقضيت منها حقوقهم ، وبقي من ثمرها بقية » وبما روى أيضا أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه ، فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه . قالوا : فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع أصل في دين قالوا : يدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم « كَلِّ الْوَاجِدَ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعَقُوبَتَهُ » قالوا : العقوبة هي حبسه . وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق إجازته ، وإذا قلنا إن المفلس محجور عليه ، فالنظر فيما ذا يحجر عليه ، وبأي ديون تكون المحاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة ؟ وكيف تكون ؟ . فأما المفلس فله حالان : حال في وقت الفلاس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر . فأما قبل الحجر فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله ، وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كتفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء ، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة ، وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض كالزوج والنفقة على الزوجة ، ويجوز بيعه وابتاعه ما لم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يهتم عليه . واختلف ول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ، ومالك كأنه اعتبر المعنى

نفسه ، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال ، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يجوز للمحجور عليه . وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ، لا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد ، قيل إلا أن يكون لواحد منهم بينة ، وقيل يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض . واختلف في إقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب : بالجواز ، والمنع ، والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة ببينة أو لا تكون ، فقيل إن كانت صدق وإن لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كال موت ، وذهب غيره إلى خلاف ذلك ، وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت . قال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات . وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبيح التوارث إلا بعد قضاء الدين ، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين : إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين فيأزم أن يجعل الدين حالا ، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لافي ذمتهم ، بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت ، لأنه كان في ذمة الميت ، وذلك يحسن في حق ذي الدين . ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضى الغرماء بتحميله في ذمتهم أبقيت الديون إلى أجلها ، ومن قال بهذا القول ابن إسبرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار ، لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت كل الشبه ، وإن كانت كلا الذمتين قد خربت فإن ذمة المفلس يرجى المال لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدر . أما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فإن دينه في ذمة المفلس . وأما إذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلقت في ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال : الأول أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار المحاسبة ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور . والقول الثاني ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم

بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاصن الغرماء ، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها ، وبه قال مالك وأصحابه . والقول الثالث تُقوّم السلعة بين التفليس ، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها : أعنى للبائع ، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحاصن في الباقي ، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر . والقول الرابع أنه أسوة الغرماء فيها على كل حال ، وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة والأصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أُثِمَّتَا رَجُلٌ أَفْلَسَ فَأَذْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بِعَيْنَيْهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ » وهذا الحديث خرجه مالك والبخاري ومسلم ، وألفاظهم متقاربة ، وهذا اللفظ لمالك ؛ فمن هؤلاء من خمله على عمومه وهو الفريق الأول ؛ ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا : إن معقوله إنما هو الفرق بصاحب السلعة لتكون سلعته باقية ، وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي باعها به ، فإما أن يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع ، وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن . كما قال مالك . وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في ردّ الخبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظهوناً ، والأصول يقينية مقطوع بها ، كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس : ما كنا لنندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة . ورواه عن علي أنه قضى بالسلعة للمفلس ، وهو رأى ابن سيرين وإبراهيم من التابعين . وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مختلف فيه ، وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أُثِمَّتَا رَجُلٌ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَوَجَدَ بَعْضُ غُرَمَائِهِ مَالَهُ بِعَيْنَيْهِ فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة . قالوا : وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية ، إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع ، وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة ، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه ، واختلف

القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن ، فقال مالك : إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها ، وإن شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته ؛ وقال الشافعي : بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن ؛ وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحق وأحمد : إن قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء . وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيْمًا رَجُلٌ بَاعَ مَتَاعًا فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَلَمْ يَتَقَبَّضْ الَّذِي بَاعَهُ شَيْئًا فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ مَاتَ الَّذِي ابْتَاعَهُ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق ، وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان ، وهو قوله فيه « فإن كان قبض من ثمنه شيئا فهو أسوة الغرماء » ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه . وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ، ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته ، إلا عطاء فإنه قال : إذا فوت المشتري بعضها كان البائع أسوة الغرماء : واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفليس أم لا ؟ فقال مالك : هو في الموت أسوة الغرماء ، بخلاف الفليس ؛ وقال الشافعي : الأمر في ذلك واحد . وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضا من جهة النظر إن فرقا بين النعمة في الفليس والموت ، وذلك أن الفليس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَيْمًا رَجُلٌ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِهِ » فسوى في هذه الرواية بين الموت والفليس . قال : وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب ، لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ، ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فأشبهه مال الفليس ؛ وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي ، وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى ، وذلك أن ما وافق من الأحاديث

المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه : أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبهه ، والموافق لتحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرج به عبد الرزاق . فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس ، وأيضاً فإن الأصل يشهد لقول مالك فى الموت ، أعنى أن من باع شيئاً فليس يرجع إليه فمالك رحمه الله أقوى فى هذه المسئلة ، والشافعى إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به . واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند الفلاس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يفرسها أو عرصه يبنها ، فقال مالك : العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى : بل ينخير البائع بين أن يعطى قيمة ما أحدث المشتري فى سلعته ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ويخاص الغرماء فى الزيادة ، وما يكون فوتاً مما لا يكون فوتاً فى مذهب مالك منصوص فى كتبه المشهورة . وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء فى الموت والفلاس ، أو فى الفلاس دون الموت أن الأشياء المباعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين تختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لا يتعين . فأما العرض فإن كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشتري ، فهو أحق به فى الموت والفلاس ، وهذا ما لا خلاف فيه ، وإن كان قد دفعه إلى المشتري ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء فى الفلاس دون الموت ، ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن ، وقال الشافعى : ليس لهم ، وقال أشهب : لا يأخذونها إلا بزيادة يحطونها عن الفلاس ؛ وقال ابن الماجشون : إن شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم ؛ وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم ، وأما العين فهو أحق بها فى الموت أيضاً ، والفلاس ما كان بيده . واختلف إذا دفعه إلى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ، فقليل لأنه أحق به كالعروض فى الفلاس دون الموت وهو قول ابن القاسم ، وقيل إنه لا سبيل له عليه ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول أشهب ، والقولان جاربان على الاختلاف فى تعيين العين ؛ وأما إن لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء فى الموت والفلاس ، وأما تعمل الذى لا يتعين فإن أفلس المستأجر قيل أن يستوفى عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله

في الموت والفلس جميعا ، كالسلعة إذا كانت بيد البائع في وقت الفلس ، وإن كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير ، فالأجير أسوة الغرماء بأجرته التي شارطه عليها في الفلس والموت جميعا على أظهر الأقوال ، إلا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها ، فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا ، لأنه كالرهن بيده ، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله ، إلا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت ، وكذلك الأمر عنده في فلس مكترى الدواب إن استكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعا ، وكذلك مكترى السفينة ، وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالحملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلس ، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت ، وأنه أسوة الغرماء في سلعته إذا فانت ، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك وبالحملة البائع منفعة بالبائع الرقبة ، قوة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون : هو أحق بها في الموت والفلس ، ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون : هو أحق بها في الفلس دون الموت ، ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فانت فيه فيقولون : هو أسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فإنهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال . وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء . فيما أجسب . انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار ، وهو ضعيف لأن قياس الشبه المأخوذ من الموضوع المفارق للأصول يضاعف ، ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقدح هنالك قياس علة ، فهو أقوى ، ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في القياس ، لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر .

ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا ؟ فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنه إنما يتبع بما في يده لا في رقبته ، ثم إن أعتق بما بقى عليه ورأى قوم أنه يباع ، ورأى قوم أن الغرماء يخبرون بين بيعة وبين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين ، وبه قال شريح ، وقالت طائفة : بل يلزم سيده ما عليه وإن لم يشترطه ، فالدين لم يروا

بيع رقبته قالوا : إنما عامل الناس على ما في يده فأشبهه الحر ، والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنایات التي يجنى ، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فلمهم شبهوا ماله بمال السيد إذ كان له انتزاعه . فسبب الخلاف هـ تعارض أقيسة الشبه في هذه المسئلة ، ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولى معا بأى يبدأ ، هل بدين العبد ، أم بدين المولى ؟ فالجمهور يقولون : بدين العبد ، لأن الدين دابنوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال ، والذين دابنوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ، ومن رأى البدء بالمولى قال : لأن مال العبد هو في الحقيقة للمولى . فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبي أو حكم مال السيد . وأما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب : يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام ؛ وقال في الواضحة والعتبية : الشهر ونحوه ، ويترك له كسوة مثله ؛ وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع بها أو بغير عوض ؛ وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته ؛ وروى ابن نافع عن مالك أنه لا يترك له إلا ما يواريه ، وبه قال ابن كنانة . واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين : وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك .

وأما معرفة الديون التي يحاص بها من الديون التي لا يحاص بها على مذهب مالك فإنها تنقسم أولاً إلى قسمين : أحدهما أن تكون واجبة عن عوض ، والثاني أن تكون واجبة من غير عوض . فأما الواجبة عن عوض ، فلمنما تنقسم إلى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض ، فأما ما كانت عن عرض مقبوض ، وسواء كانت مالا أو أرش جنانية ، فلا خلاف في المذهب أن محاصة الغرماء بها واجبة . وأما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن ذلك ينقسم خمسة أقسام : أحدها أن لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة ، والثاني أن لا يمكنه دفع العوض ، ولكن يمكنه دفع ما يستوفى فيه ، مثل أن يكرى الرجل الدار بالنقد ، أو يكون العرف فيه النقد ، ففلس المكترى قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء . والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه وطرحه

كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال . والرابع أن يمكنه دفع العوض ، لا يلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع . والخامس أن لا يكون إليه تعجيل دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل دنائير في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم . فأما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك إلا في مهور الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول . وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفي منه ، مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء ، ففيل للمكترى المحاصة بجميع الثمن وإسلام الدار للغرماء ، وقيل ليس له إلا المحاصة بما سكن ويأخذ داره ، وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره . وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عينا ، ففيل يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه ، ففيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض . وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والإمساك ، وذلك هو إذا كان العوض عينا . وأما إذا لم يكن إليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال ، وقبل أن يحل أجل السلم ، فإن رضى المسلم إليه أن يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز إن رضى بذلك الغرماء ، فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيها وجد للغريم من مال وفي العروض التي عليه إذا حلت لأنها من مال المفلس ، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم . وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها . وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ، ففيها قولان : أحدهما أن المحاصة لا تجب بها ، وهو قول ابن القاسم . والثاني أنها تجب بها إذا لزمتم بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب . وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص ، فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء ، وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، إذ كان لا يقتضى في الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن يتفقوا من ذلك على شيء يجوز . واختلفوا من هذا الباب في فرع طارئ ، وهو إذا

هالك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء : بمن مصيبته ؟ فقال
أشهب : مصيبته من المفلس ، وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء
إذا وقفه السلطان . وقال ابن القاسم : ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم لأنه
إنما يباع على ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون
المال عينا والدين عينا ، كلهم روى قوله عن مالك . وفرق أصبغ بين الموت
والمفلس فقال : المصيبة في الموت من الغرماء ، وفي المفلس من المفلس . فهذا
هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا ينفي بديونه ،
وأما المفلس الذي لا مال له أصلا ، فإن فقهاء الأمصار يجمعون على أن العلم
له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرته ، إلا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز
أن لهم أن يؤجروه ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار ، وكلهم يجمعون على
أن المدين إذا ادعى المفلس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له
بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك نخل سبيله . وحكى عن أبي حنيفة أن
لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، وإنما صار الكل إلى القول بالحبس
في الديون ، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح ، لأن ذلك أمر ضروري
في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس
الذي يقتضي المصلحة ، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل . وقد روى أن
النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في ثمة ، خرجه فيما أحسب أبو داود
والمحجورون عند مالك : السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق
الثلث لأنه يرى أن للزوج حقا في المال ، وخالفه في ذلك الأكثر . وهذا
القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الصلح

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - وَالصُّلْحُ خَيْرٌ - وما روى عن
النبي عليه الصلاة والسلام مرفوعا وموقوفا على عمر « إِمْنَاءُ الصُّلْحِ جَائِزٌ »
بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا » واتفق
المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا في جوازه على الإنكار ، فقال

مالك وأبو حنيفة : يجوز على الإنكار ؛ وقال الشافعي : لا يجوز على الإنكار لأنه من أكل المال بالباطل من غير عوض ؛ والمالكية تقول فيه عوض ، وهو سقوط الخضومة واندفاع اليمين عنه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذي يقع على الإقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة ، وبما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع ، مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة ، فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه ؛ وقال أصبغ : هو جائز ، لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له . وأما الدافع فيقول : هي هبة مني . وأما إن ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يضطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبلكه إلى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه ، أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا ، فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لإنظار الآخر إياه فيدخله أسلفتي وأسلفك . وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرع مني ، وما كان يجب على شيء ، وهذا النحو من البيوع قبل إنه يجوز إذا وقع ، وقال ابن الماجشون يفسخ إذا وقع عليه أثر عقده ، فإن طال مضي ، فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام : صلح يفسخ باتفاق ، وصلح يفسخ باختلاف ، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال وإن لم يطل فيه اختلاف .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الكفالة

واختلف العلماء في تويعها وفي وقتها ، وفي الحكم اللازم عنها ، وفي شروطها ، وفي صفة لزومها ، وفي محلها . ولها أسماء : كفالة ، وحالة ، وضمانة ، وزعامة . فأما أنواعها فنوعان : حالة بالنفس ، وحالة بالمال . أما الحالة بالمال فتأثت بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار . وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ . والسنة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » . وأما الحماية بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه ، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا إذا كانت بسبب المال . وحكى عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز ، وبه قال داود ، وحجتها قوله تعالى - معاذ الله - أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده - ولأنها كفالة بنفس فأشبهت الكفالة في الخلود . وحجة من أجازها عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وتعلقوا بأن في ذلك مصلحة ، وأنه مروي عن الصدر الأول . وأما الحكم اللازم عنها ، فجمهور القائلين بحالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء ، وحكى عن بعضهم لزوم ذلك . ففرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال : إن مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء ، وإن مات غائبا نظر ، فإن كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحمل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره ، وذلك في نحو اليومين إلى الثلاثة ففرض غرم وإلا لم يغرم . واختلفوا إذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحمل بالوجه على ثلاثة أقوال : القول الأول : أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم ، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة . والقول الثاني : أنه يجبس الحمل إلى أن يأتي به أو يعلم موته ، وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق . والقول الثالث : أنه ليس عليه إلا أن يأتي به إذا علم موضعه ، ومعنى ذلك أن لا يكلف إحضاره إلا مع العلم بالقبرة على إحضاره ، فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الحمل ، وأنكر الحمل

كلف الطالب بيان ذلك . قالوا : ولا يحبس الحمل إلا إذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع ، فيكلف حينئذ إحضاره ، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم ابن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره . وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغرم إذا غاب ، وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس « أن رجلا سأل غريمه أن يؤدي إليه ماله أو يعطيه حميلا ، فلم يقدر حتى حاكمه إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال إليه » قالوا : فهذا غرم في الحمل المطلق . وأما أهل العراق فقالوا : إنما يجب عليه إحضار ما تحمل به وهو النفس ، فليس يجب أن يعلئ ذلك إلى المال إلا لو شرطه على نفسه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » فإنما عليه أن يحضره أو يحبس فيه ، فكما أنه إذا ضمن المال فإنما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه ، كذلك الأمر في ضمان الوجه . وعمدة الفريق الثالث أنه إنما يلزمه إحضاره إذا كان إحضاره له ممكنا ، وحينئذ يحبس إذا لم يحضره ، وأما إذا علم أن إحضاره له غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره كما أنه إذا مات ليس عليه إحضاره . قالوا : ومن ضمن الوجه فأغرم المال فهو أحرى أن يكون مغرورا من أن يكون غارا . فأما إذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك : إن المال لا يلزمه ، ولا خلاف في هذا فيما أحسب ، لأنه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط ، فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فإن الفقهاء متفقون على أنه إذا علم المضمون أو غاب أن الضامن غارم . واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موثر ، فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحق : للطالب أن يؤخذ من شاء من الكفيل أو المكفول ؛ وقال مالك في أحد قوليه : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه . وله قول آخر مثل قول الجمهور . وقال أبو ثور : الحملالة والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ، ولا يجوز أن يكون ملكا لولد على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة . ومن الحجة لما رأيت أن الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضرا ، غنيا

أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال « تحملت حمالة فأنبت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : « تُخْرِجُهَا عَنْكَ مِنْ إِبِلِ الصَّدَقَةِ يَا قَبِيصَةَ إِنَّ الْمَسْئَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ ، وَذَكَرَ رَجُلًا تَحْمِلُ حَمَالَةً رَجُلٌ حَتَّى يُؤَدِّيَهَا » ، ووجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أعنى كفالة المال وكفالة الوجه ، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب أو من غير ذلك . وروى عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود والقصاص ، أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي : أعنى كفالة النفس : وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه ، فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا ؟ فقال قوم : لأنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ، وهو قول شريح القاضي والشعبي ، وبه قال يحنون من أصحاب مالك : وقال قوم : بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ ، وإلى كم من المدة يلزم ؟ فقال قول : إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطي ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بيينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الأيام إلى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال أهل العراق : لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعى بيينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعى البيينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها . وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك ، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه ، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون

الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البيعة الحاضرة
«والغائبة . وروى عن عراك بن مالك قال « أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر
فصحبهم رجلان فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم ،
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين : اذْهَبْ واطْلُبْ وحبس
الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين :
اسْتَغْفِرْ لِي ، فقال : غفر الله لك ، قال : وَأَنْتَ فَتَغْفِرَ اللَّهُ لَكَ وَقَتَلْتَكَ
فِي سَبِيلِهِ » خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه بالفقه قال : وحمله بعض
العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبسا قال : ولا يعجبني ذلك ، لأنه
لا يجب الحبس بمجرد الدعوى ، وإنما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي
لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم . فأما أصناف المضمونين
فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم في ضمان الميت إذا كان
عليه دين ولم يترك وفاء بدينه ، فأجازه مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة :
لا يجوز . استدلل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لا يتعلق بمعلوم قطعا ، وليس
كذلك المفلس . واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روى أن النبي عليه
الصلاة والسلام كان في صدر الإسلام لا يصلى على من مات وعليه دين حتى
يفضمن عنه . والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ، ولا يصح
عند أبي حنيفة . وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب
رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ، ومالك
لا يشترط ذلك ، ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب
بعد ، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ما تجوز فيه الحماله بالمال
مما لا تجوز ، فإنها لا تجوز عند مالك بكل مال ثابت في النعمة إلا الكتابة وما
لا يجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الأزواج ،
وما شاكلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، لقوله عليه الصلاة والسلام «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى غَنِيٍّ فَلْيَسْتَحِيلْ» والنظر في شروطها وفي حكمها ، فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه ، فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه ، وهو مالك ؛ ومن الناس من اعتبر رضاها معا ؛ من الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه ، وهو نقيض مذهب مالك ، وبه قال داود ، فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ، ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلة من الحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع الحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا . وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَسِيءٍ فَلَا يَتَّبِعْ » والأمر على الوجوب ، وبقي المحال عليه على الأصل ، وهو اشتراط اعتبار رضاه ، ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على الحيل قدرا ووصفا ، إلا أن منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام ، والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه ، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه ؛ وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالا . وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالين ؛ وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالا ؛ ولم يفرق بين ذلك الشافعي ، لأنه كالبيع في ضمان المستقرض وإنما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم ، والمسئلة مبنية على أن ما شد عن الأصول

هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسئلة مشهورة في أصول الفقه ، وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط : أحدها أن يكون دين المحال حالا ، لأنه إن لم يكن حالا كان ديننا بدين : والثاني أن يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عايه فى التقدر والصفة ، لأنه إذا اختلفا فى أحدهما كان بيعا ولم يكن حوالة ، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين . والشرط الثالث أن لا يكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم ، وإذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر ، لأنه يخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا ، لكن أشهب يقول إن استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية ؛ وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل المحال فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ، ومنزله فى الدين الذى أحاله به ، وذلك فيما يريد أن يأخذ بنذله منه أو يبيعه له من غيره ، أعنى أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى أحال مع الذى أحاله عليه ، ومثال ذلك إن احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم أو بطعام من سلم فى طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه ، لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى أنه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعاما من بيع ، وإن كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزله مع من أحاله ، أعنى أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه ، كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذى أحيل عليه وإن كان من قرض ، وهذا كله مذهب مالك ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحوالة ضد الحماة ، فى أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ ؛ قال مالك وأصحابه : إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم ؛ وقال أبو حنيفة : يرجع صاحب الدين على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بينة ، وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة . وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحماة .

« بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما »

كتاب الوكالة

وفيه ثلاثة أبواب : الباب الأول : في أركانها ، وهي النظر فيما فيه التوكيل ، وفي الموكل . والثاني في أحكام الوكالة . والثالث : في مخالفة الموكل للوكيل .

الباب الأول في أركانها

وهي النظر فيما فيه التوكيل ، وفي الموكل ، وفي الموكل

(الركن الأول : في الموكل) وانفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأموال أنفسهم ، واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح ، فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة . فمن رأى أن الأصل لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه قال : لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ، ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال : الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

(الركن الثاني : في الوكيل) وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه ، فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح . أما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة : أي بأن توكل هي من يلي عقد النكاح ، ويجوز عند مالك بواسطة الذكر .

(الركن الثالث : فيما فيه التوكيل) وشرط محل التوكيل أن يكون قابلا لنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساقاة والطلاق والنكاح والخلع والصلح . ولا تجوز في العبادات البدنية ، وتجوز في المالية كالصدقة والزكاة والحج ، وتجوز عند

مالك في الخصومة على الإقرار والإنكار ؛ وقال الشافعي في أحد قوليهِ :
لا تجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والایمان ، وتجاوز الوكالة على
استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان : والذين قالو
إن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل
يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن ، وقال أبو حنيفة : يتضمن .
(الركن الرابع) وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر
العقود ، وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام
هذا العقد ، وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة ، فالعامة هي التي تقع
عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك أنه إن سمي
عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ؛ وقال الشافعي : لا تجوز الوكالة بالتعميم
وهي غرر ، وإنما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه ، وهو الأقيس إذ كان
الأصل فيها المنع ، إلا ما وقع عليه الإجماع .

الباب الثاني في الأحكام

وأما الأحكام : فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل . فأما هذا
العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع ،
لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل ، وللموكل أن يعزله متى شاء
قالوا : إلا أن تكون وكالة في خصومة . وقال أصبغ : له ذلك ما لم يشرف
على تمام الحكم ، وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن
يعزله الموكل ، وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك
والشافعي . وقال أبو حنيفة : ذلك من شروطه ، وكذلك ليس من شرط إثباتها
عند الحاكم حضوره عند مالك . وقال الشافعي : من شرطه . واختلف أصحاب
مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين ، فإذا قلنا تنفسخ بالموت
كما تنفسخ بالعزل فتي يكون الوكيل معزولا ، والوكالة منفسخة في حق من
عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال : الأول أنها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل .
والثاني أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم ، فن علم انفسخت في حقه
ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث أنها تنفسخ في حق من عاين الوكيل

بعلم الوكيل وإن لم يعلم هو ، ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل ، ولكن من دفع إليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه ، لأنه دفع إلى من يعلم أنه ليس بوكيل .

وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال مالك : يجوز ، وقد قيل عنه : لا يجوز ؛ وقال الشافعي : لا يجوز ، وكذلك عند مالك الأب والوصي . ومنها إذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ، ولا يجوز إن باع نسيئة ، أو بغير نقد البلد ، أو بغير ثمن المثل ، وكذلك الأمر عنده في الشراء ؛ وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال : يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل ، وأن يبيع نسيئة ، ولم يجز إذا وكله في شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل نقدا ، ويشبه أن يكون أبو حنيفة إنما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه ، لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كله ، كذلك حكم الوكيل إذ قد أنزله منزله ، وقول الجمهور أبيين ، وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى ، وإذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل إلى الموكل ؛ وقال أبو حنيفة : إلى الوكيل أولا ثم إلى الموكل ، وإذا دفع الوكيل ديننا عن الموكل ولم يشهد فأنكر الذي له الدين . القبض ضمن الوكيل .

الباب الثالث في مخالفة الموكل للوكيل

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل ، فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل ، وقد يكون في دفعه إلى الموكل ، وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى إذا أمره بثمن محدود ، وقد يكون في المثلون ، وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع إليه ، وقد يكون في دعوى التعدى . فإذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني ، وقال الموكل لم يضيع ، فالقول قول الوكيل إن كان لم يقبضه ببينة ، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم بإقرار الوكيل عند مالك وغرم

ثانية ، وهل يرجع الغريم على الوكيل ؟ فيه خلاف ، وإن كان قد قبضه بيينة برئ ولم يلزم الوكيل شيء . وأما إذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته إليك ، وقال الموكل : لا ، فقول قول الوكيل . وقيل القول قول الموكل . وقيل إن تباعد ذلك فالقول قول الوكيل . وأمر اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء ؛ فقال ابن القاسم : إن لم تفت السلعة فالقول قول المشتري ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وإن فاتت بالقيمة وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع ؛ فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل ، لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . وأما إذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان : المشهور أن القول قول المأمور ، وقيل القول قول الأمر : وأما إذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره ، فالمشهور أن القول قول الموكل ، وقد قيل إن القول قول الوكيل إنه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب اللقطة

والنظر في اللقطة في جملتين : الجملة الأولى : في أركانها : والثانية : في أحكامها .

(الجملة الأولى) والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة : فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو فضل أم الترك ؟ فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم ، وبه قال الشافعي ؛ وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروى عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحمد ، وذلك لأمرين : أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ » ولما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها ، وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لأخذها للتعريف ؛ وقال قوم : بل لقطها واجب . وقد قيل إن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة

بين قوم مأمونين والإمام عادل . قالوا : وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل فواجب التقاطها . وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها . وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل فهو مجير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين ، وهذا كله ما عدا لقطة الحاج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز انتقاطها لئيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، ولقطة مكة أيضا لا يجوز انتقاطها إلا لمنشد أو روى النص في ذلك ، والمروى في ذلك لفظان : أحدهما أنه لا ترفع لقطتها إلا لمنشد . الثاني لا يرفع لقطتها إلا لمنشد ، فالمعنى الواحد أنها لا ترفع إلا لمن ينشد ، والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا لمن ينشد ، ليعرف الناس . وقال مالك : تعرف هاتان اللقطتان أبدا . فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد : والأصح جواز ذلك في دار الإسلام . قال : وفي أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها ، والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل باتفاق . وبالأصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني ، وهو متفق على صحته أنه قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة ، فقال : اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً » ، فإن جاء صاحبها وإلا فَشَأْنُكَ بِهَا ، قال : فضالة الغنم يا رسول الله ؟ قال : هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئْبِ ، قال : فضالة الإبل : قال : مَالُكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِدَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَأْكُلَهَا رِيْهَا » وهذا الحديث يتضمن معرفته ما يلتقط مما لا يلتقط ، ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبما إذا يستحقها مدعيها . فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط ، واتفقوا على الغنم أنها تلتقط ، وترددوا في البقر ، والنص عن الشافعي أنها كالإبل ، وعن مالك أنها كالغنم ، وعنه خلاف .

(الجملة الثانية) وأما حكم التعريف ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم . واختلفوا في حكمها بعد السنة ، فاتفق

فقهاء الأمصار مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيرا ، أو يتصدق بها إن كان غنيا ، فإن جاء صاحبها كان خيرا بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمه إليها . واختلفوا في الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول ؟ فقال مالك والشافعي : له ذلك ؛ وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ؛ وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين ؛ وقال الأوزاعي : إن كان مالا كثيرا جعله في بيت المال ؛ وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر . واستدل مالك والشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » ولم يفرق بين غنى وفقير . ومن الحجج لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال « لقيت أويس بن كعب فقال : وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : عمرتها حولا ، فعرتها فلم أجده ، ثم أتيت ثلاثا فقال : احفظ وعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمستع بها » وخرج الترمذي وأبو داود « فاستنفقها » . فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشأنك بها » قال : لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ؛ ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى منه قال : تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها ، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بيعة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بيعة ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يستحق إلا ببيعة . وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ؛ فن غلب الأصل قال : لا بد من البيعة ؛ ومن غلب ظاهر الحديث قال : لا يحتاج إلى بيعة ؛ وإنما اشترط

الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لأن قوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاشأتك بها » يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ، ويحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل ، فإن الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التي نذكرها بعد ؛ وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه « فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها إليه » قالوا : ولكن لا يضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء ، وكذلك إن زاد فيه . واختلفوا إن نقص من العدد على قولين ، وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما إذا غلط فيها فلا شيء له . وأما إذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقليل إنه لا شيء له إلا بمعرفة كليهما جميعا ، وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء ، وقيل إن ادعى الجهالة استبرى ، وإن غلط لم تدفع إليه . واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم بغير يمين : وقال أشهب : بيمين : وأما ضالة الغنم ، فإن العلماء اتفقوا على أن لو وجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة « هي لك أو لأخيك أو للذئب » واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها ، وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا أن مالكاً هنا غلب الظاهر فجري على حكم الظاهر ، ولم يجوز كذلك التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا ؛ وعنه رواية أخرى أنه يضمن ، وكذلك كل طعام لا يبقى إذا خشي عليه التلف إن تركه . وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه ، كالعين والعروض . وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفساد : وقسم لا يخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول ، وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم
 ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيرا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه
 لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجدده . والأصل في ذلك
 ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال : لَوْلا
 أَنْ تَكُونَنَّ مِنَ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا » ولم يذكر فيها تعريفا ، وهذا مثل
 العصا والسوط ، وإن كان أشهب قد استحسّن تعريف ذلك . والثاني أن يكون
 يسيرا إلا أن له قدر ومنفعة ، فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه . واختلفوا
 في قدر ما يعرف ، فقليل سنة ، وقيل أياما . وأما الثالث فهو أن يكون كثيرا
 أو له قدر ، فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولا . وأما القسم الثاني وهو
 ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف ، فإن هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا ،
 وهل يضمن ؟ فيه روايتان كما قلنا الأشهر أن لا ضمان . واختلفوا إن وجد
 ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة فقليل لا ضمان عليه ، وقيل عليه الضمان ، وقيل
 بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن ، أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث
 فهو كالإبل ، أعني أن الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك ، فإن
 أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ؛ وقيل في المذهب هو عام في جميع
 الأزمنة ؛ وقيل إنما هو في زمان العدل ، وأن الأفضل في زمان غير العدل
 التقاطها . وأما ضمانها في الذي تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من
 التقطها وأشهد على التقاطها فهلكته عنده أنه غير ضامن ، واختلفوا إذا لم
 يشهد ، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : لا ضمان عليه إن
 لم يضيع وإن لم يشهد ؛ وقال أبو حنيفة وزفر : يضمنها إن هلكته ولم يشهد .
 استدلل مالك والشافعي بأن اللقطة ودیعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى
 الضمان ، قالوا : وهي ودیعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه
 قال : إن جاء صاحبها وإلا فلتكن ودیعة عندك . واستدل أبو حنيفة وزفر
 بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال : قال رسول الله صلى الله
 عليه وسلم « مَنْ التَّقَطَّ لِقْطَةً فَتَشْهَدُ ذَوِي عَدْلٍ عَنْهَا وَلَا
 يَكْتُمُ وَلَا يُعْنِتُ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَإِلَّا فَهُوَ
 مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . وتحصيل المذهب في ذلك أن واجد اللقطة

عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه : أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيا ل لها : والثاني أن يأخذها على جهة الالتقاط : والثالث أن يأخذها ل أعلى جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيا ل ، فإن أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ؛ وقال أشهب : لا يضمن إذا ردها في موضعها ، فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة ، والقول قوله في تأمها دون يمين إلا أن يتهم . وأما إذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ، ولكن لا يعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوبا فيأخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجدته ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك . وتتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : إنها في رقبته إما أن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يفديه بقيمتها ، هذا إذا كان استهلكه قبل الحول ، فإن استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن في رقبته ؛ وقال الشافعي : إن علم بذلك السيد فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيد كانت في رقة العبد . واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة . وقال الكوفيون : لا يرجع بما أنفق إلا أن تكون النفقة عن إذن الحاكم ، وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب .

باب في اللقيط

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه وقال الشافعي كل شيء ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفي وجوب الإشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبي الصغير غير البالغ ، وإن كان مميزاً ، ففيه في مذهب الشافعي تردد ، والملتقط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العبد والمكاتب بملتقط ، والكافر يلتقط الكافر دون المسلم ، لأنه لا ولاية

له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، وينزع من يد الفاسق والمبذر ، وليس من شرط الملتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك . وعند الشافعي يحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختلف في اللقيط فقيل إنه عبد لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاه لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاه للمسلمين ، ودومذهب مالك . والذي تشهد له الأصول إلا أن يثبت في ذلك أثر تخصص به الأصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ترث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها ووالدها الذي لاعنت عليه .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوديعة

وجلّ المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة : فمنهم اتفقوا على أنها أمانة لامضمونة ، إلا ما حكى عن عمر ابن الخطاب . قال المالكيون : والدليل على أنها أمانة أن الله أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق في المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كذبه المودع ، قالوا : إلا أن يدفعها إليه ببيينة فإنه لا يكون القول قوله ، قالوا : لأنه إذا دفعها إليه ببيينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتئنه على ردها ، فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ؛ وقد قيل عن ابن القاسم إن القول قوله وإن دفعها إليه ببيينة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وهو القياس ، لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويبعد أن تنتقض الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دنعها إليه . وأما من دنعها إلى غير اليد التي دفعها إليه ، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن ، يريد قول الله عز وجل - فَإِذَا دَعَعْتُمْ آلِيَهُمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَنَّا - فإن أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا ببيينة ، وقد قيل إنه يخرج من المذهب أنه يصدق في ذلك ، وسواء عند مالك أم صاحب الوديعة بدنعها إلى الذي دفعها

أو لم يأمر ؛ وقال أبو حنيفة : إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول بحول المستودع مع يمينه ، فإن أقر المدفوع إليه بالوديعة ، أعنى إذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخاف أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة وهو وكيل المستودع أو إلى ذمة ، فإن كان القابض أميناً فاختلاف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة : يبرأ الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الأمر الوكيل بالقبض ، ومرة قال : لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال . وأما إن دفع إلى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها إلى سلفا أو تسلفا في ساعة أو ما أشبه ذلك ، فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خربة فقولان . والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه ؛ فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها إليه ، أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ؛ ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال : لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ؛ ومن رأى المأور بمنزلة الأمر قال : القول قول الدافع للمأور كما كان القول قوله مع الأمر ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال ، وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن ، وقال الغير : يضمن . وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد ؟ فنسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقتها ثم ردها ، فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردها ؛ وقال أبو حنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن ؛ وقال عبد الملك والشافعي : يضمن في الوجهين جميعاً ؛ فمن غلط الأمر ضمنه إياها بتحريكها ونية استنفاقها ؛ ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثاتها . ومنها اختلافهم في السفر بها ، فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطى له في سفر ؛ وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً ولم ينه صاحب الوديعة . ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ؛ وقال

أبوحنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ، لأنه شبهه بأهل بيته .
وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من
زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم . وبالحملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن
يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بيننا من ذلك أنه
حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم
في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن . وعند
ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان
عليه ، ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان ، مثل أن ينساها في موضع
أو ينسى من دفعها إليه ، أو يدعيها رجلان ، فقليل يخلفان وتقسم بينهما ،
وقيل إنه يضمن لكل واحد منهما ، وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها
عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها إلى الحاكم أو لم يقدر .
واختلف في ذلك أصحاب الشافعي ، فمنهم من يقول : إن أودعها لغير الحاكم
ضمن . وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ، ومن العلماء من يرى أنه
واجب إذا لم يجد المودع من يودعها عنده ، ولا أجر للمودع عنده على حفظ
الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها . واختلفوا من هذا الباب
في فرع مشهور ، وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه واتجر به فربح فيه ، هل
ذلك الربح حلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة : إذا رد
المال طاب له الربح وإن كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا
عنده ؛ وقال أبوحنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدى الأصل ويتصدق
بالربح ؛ وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح ؛ وقال قوم : هو خير
بين الأصل والربح ؛ وقال قوم : البيع الواقع في تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء
هم الذين أوجبوا التصديق بالربح إذا مات . فمن اعتبر التصرف قال : الربح
للمتصرف ؛ ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال . ولذلك لما أمر
عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما
أبوموسى الأشعري من بيت المال ، فتجروا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته
قراضا ، فأجاب إلى ذلك ، لأنه قد روى أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب
المال جزء ، وأن ذلك عدل .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب العارية

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها . وأركانها خمسة : الإعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمعار ، والصيغة . أما الإعارة فهي فعل يحير ومندوب إليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول . روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله ابن مسعود أنهما قالوا في قوله تعالى - وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ - أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكا للعارية إما لرقبتها وإما لمنفعتها ، والإظهار أنها لا تصح من المستعير أعني أن يعيرها . وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعة مباحة الاستعمال ، ولذلك لا تجوز إباحة الجوار للاستمتاع . ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الإعارة ، فهي كل لفظ يدل على الإذن ، وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة : أي للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء ؛ وقال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شرط مدة ما لزمته تلك المدة ، وإن لم يشترط مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل تلك العارية . وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة ؟ فمنهم من قال : إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعي ، وأحد قولي مالك ؛ ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونة أصلا ، وهو قول أبي حنيفة ؛ ومنهم من قال : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على اتلف بينة ، ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية « بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وفي بعضها « بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ » وروى عنه أنه قال « لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ضَمَانٌ » فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان

ابن أمية ألزمه الضمان ؛ ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، إلا أن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان ؛ غير مشهور ، وحديث صفوان صحيح ، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ؛ ومن فرق قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض : واتفقوا في الإجارة على أنها غير مضمونة : أعنى الشافعي وأبا حنيفة ومالكا ، ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان عليه في الإجارة أن لا يكون ضمان في العارية إن سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع ، لأنه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان . واختلفوا إذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ؛ وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل ؛ ويجيء على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعيرها إلا بأن يخرجها في ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم . واختلف عن مالك والشافعي إذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار إليها ، فقال مالك : المالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسه وبنائه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعا إذا كان مما له قيمة بعد انقلاع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة ؛ وقال الشافعي : إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع ، بل يحير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه ، أو ينقض بأرش ، أو يتملك ببذل ، فأياها أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فإن أبي كلف تفريغ الملك . وفي جواز بيعته للنقض عنده خلاف ، لأنه معرض للنقض ، فرأى الشافعي أن يأخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ؛ ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف في ذلك ينزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال : واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يغيره جداره ليغرز فيه

خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على الميعر فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : لا يقضى عليه به إذ العارية لا يقضى بها ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث : يقضى بذلك ، ووجههم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يمتنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره » ثم يقول أبو هريرة : مالي أراكم هنا معرضين ، والله لأرmin بها بين أكتافكم . واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض ، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمتعني وهو لك منفعة ، تسقى منه أولا وآخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلّم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمتع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله ليمرنّ به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك . وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال : كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوله إلى ناحية من الحائط ، فنعه صاحب الحائط ، فكلّم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي مالكا لإدخاله هذه الأحاديث في موطئه ، وتركه الأخذ بها . وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفس منه » وعند الغير أن عموم هذا مخصص بهذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة . وعند مالك أنها محمولة على الندب ، وأنه إذا أمكن أن تكون مختصة وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى ، لأن بناء العام على الخاص إنما يجب إذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض . وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ، ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع ، وذلك أنه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه بطريق لم يكن قبل ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الغصب

وفيه بابان : الأول : في الضمان ، وفيه ثلاثة أركان : الأول : الموجب للضمان . والثاني : ما فيه الضمان . والثالث : الواجب . وأما الباب الثاني : فهو في الطوارئ على المغصوب .

الباب الأول في الضمان

(الركن الأول) وأما الموجب للضمان ، فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه . واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرة الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر ، هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح ، فقال مالك : يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه . وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال ؛ وفرق الشافعي بين أن يهجه على الطيران أو لا يهجه ، فقال : يضمن إن هاجه ، ولا يضمن إن لم يهجه ؛ ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شيء فهلك ؛ فمالك والشافعي يقولان : إن حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضمن ، ويجيء على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمن في مسألة الطائر ، وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمدا وخطأ ، وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختارا ؟ فالمعلوم عن الشافعي أنه يشترط أن يكون مختارا ، ولذلك رأى على المكروه الضمان : أعني المكروه على الإتلاف .

(الركن الثاني) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار ، فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعني أنها إن انهدمت للدار ضمن قيمتها ؛ وقال

أبو حنيفة : لا يضمن . وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول ؟ فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضميان ؛ ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال : لا ضمان .

(الركن الثالث) وهو الواجب في الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا خلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل ، أعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك : لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود : الواجب في ذلك مثل ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل . وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي قِيَمَةَ الْعَدْلِ » الحديث . ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة . وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى - فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قُتِلَ مِنْ النَّعَمِ - ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعلق عليه . ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول : غَارَتْ أُمُكُمْ كُلُّوا كُلُّوا ، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها ، وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحيفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة في بيته » وفي حديث آخر « أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ما كفارة ما صنعت ؟ قال : إِنْاءٌ مِثْلُ إِنْاءٍ ، وطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ » .

الباب الثاني في الطواري

والطواري على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصان ، وهذان إما من قبل المخلوق ، وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه

ليس له إلا أن يأخذه ناقصا ، أو يضمه قيمته يوم الغصب ؛ وقيل إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين أن يضمه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب ؛ وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمه القيمة أو يأخذه ناقصا ، ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء ، وإليه ذهب ابن المواز . والسبب في هذا الاختلاف أن من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان ، كأنه حدث في ملك صحيح ، فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سيده أو من عند الله ، وهو قياس قول أبي حنيفة . وبالحملة فقياس قول من يضمه قيمته يوم الغصب فقط . ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه آخذة بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان ، سواء كان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعي أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب ، وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور مذهب مالك ؛ وابن القاسم فعملته قياس الشبه ، لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان متكرر منه ، كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغصوب مخير بين أن يضم الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني ، وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنائيات ، فهذا حكم الجنائيات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب ، فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين : جناية تبطل بسيرا من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يقوم صحيحا ويقوم بالجناية ، فيعطى ما بين القيمتين . وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود ، فإن صاحبه يكون مخيرا إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته ، وإن شاء أخذ قيمة الجناية ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية . وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل

على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين : وأما النماء فإنه على قسمين : أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب . والثاني أن يكون مما أحدثه الغاصب : فأما الأول فإنه ليس بفوت ، وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المخصوص فإنه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين : أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ما له عين قائمة كالصبيغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك . والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسيج وطحن الخنطة والخشبة يعمل منها توابيت : فأما الوجه الأول ، وهو أن يجعل فيه من ماله ما له عين قائمة ، فإنه ينقسم إلى قسمين : أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة ينيها وما أشبه ذلك . والثاني أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلبته فأما الوجه الأول فالمخصوص منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره ، وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط أجر القلع ، وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا غيره ، وإنما يستأجر عليه ، وقيل إنه لا يحط من ذلك أجر القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المخصوص فيه شيء ، لأن من حق المخصوص أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثاني فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبيغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا في السويق الذي يلبته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لا مثل له . وأما الوجه الثاني من التقسيم الأول ، وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المخصوص سوى العمل ، فإن ذلك أيضا ينقسم قسمين : أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرذولة : والثاني أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المخصوص عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أو دراهم فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ، ويأخذ المخصوص منه الشيء المخصوص معمولا .

وأما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى ؛ وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب ، أصله مسألة البنيان فيقول : إنه لاحق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والذسج والدباغ والطحين . وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب ، وقد قيل إنهما يكونان شريكين ، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إن أبي رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وإن أبي الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال : إن الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبه جالية . وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يميز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان ، وأصول الشرع تقتضي أن لا يستحل ماله الغاصب من أجل غصبه ، وسواء كان منفعة أو عينا ، إلا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » لكن هذا مجمل ، ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه ، أعنى ماله المتعلق بالمغصوب ، فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير أو لم يتغير . وأما حكم غلاته ، فاختلاف في ذلك في المذهب على قولين : أحدهما أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب ، والثاني أن حكمهما بخلاف الشيء المغصوب ؛ فمن ذهب إلى أن حكمهما حكم الشيء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول : إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لقيمة الشيء المغصوب يوم الغصب . وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب ، فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لا ضمان على الغاصب ، وأنه إن ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغاب عليه . وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقه وهو الولد ، وغلة متولدة عن الشيء لأعلى صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها ، وغلال غير متولدة بل هي منافع ، وهي الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك .

فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يردده كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد الغاصب . وإنما اختلفوا في ذلك إذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ؛ وقال الشافعي : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس . وأما إن كان متولدا على غير خلقته الأصل وصورته ففيه قولان ؛ أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثاني أنه يلزمه رده مع الشيء المغصوب إن كان قائما أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا من قوله ، فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين أن يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة ، وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة ؛ وأما ما كان غير متولد ، فاختلفوا فيه على خمسة أقوال ؛ أحدها أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل . والثاني أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا . والثالث أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع أو عطل . والرابع يلزمه إن أكرى أو انتفع . ولا يلزمه إن عطل . والخامس الفرق بين الحيوان والأصول ، أعني أنه يرد قيمة منافع الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتيل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها . وأما ما اغتيل منها بتصرفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجرها فيريح ، فالغلة قولاً واحداً في المذهب ؛ وقال قوم : الربح للمغصوب وهذا أيضا إذا قصد غصب الأصل . وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لا يزال به ؛ وقال أبو حنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حمله ، لأنه ضامن لها إن تلفت في تعديبه ، وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول ، فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدى وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجرب به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذي تجرب به تحولت عينه ، وهذا لم تتحول عينه . وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمآن » وقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب ، وهو في غلام قيم فيه بعيب ، فأراد المني صرف عليه أن يرد المشتري غلته ، وإذا خرج العام

على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور ، فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال : إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة ، مثل أن يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق ، فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة : أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الأمر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » على أكثر من السبب الذي خرج عليه ، وخصص قوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب . وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدا ، وأن يعتبر التضامن أو لا يعتبر . وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهى استحسان . وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا بالحملة ونباتا في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَحْبَبَ أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعِرقِ ظَالِمٍ حَقٌّ » . والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير . وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة : ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث « أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر ، ف قضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالقثوس وإنما لنخل عم حتى أخرجت منها ، إلا ما روى في المشهور عن مالك « أن من زرع زرعا في أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض . وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع . وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام « مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضٍ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَهُ نَفَقَتُهُ وَلَيْسَ لَهُ مِنْ الزَّرْعِ شَيْءٌ » .

وختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة أقوال :
أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته . والثاني أن لاضمان
عليه . والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته
بالنهار . والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت ، ومن
قال : يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي ؛ وبأن لاضمان عليهم
أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ وبالضمان بإطلاق قال الليث ، إلا أن الليث
قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مروى عن عمر رضى
الله عنه . فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيثان : أحدهما قوله تعالى
- وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَخْتَكِمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتَ فِيهِ غَنَمُ
اِقْتَوْمٍ - والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على
مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا . والثاني مرسله عن ابن شهاب
« أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته
المواشى بالليل ضامن على أهلها » أى مضمون . وعمدة أبي حنيفة قوله عليه
الصلاة والسلام « الْعَجْمَاءُ جَمُّ حُهَا جُبَارٌ » وقال الطحاوى : وتحقيق
مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة ، فأما إذا لم يرسلها محفوظة
فيضمن ؛ والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح
وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا
وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الأصول له ، وذلك أنه
تعدت من الرسل ، والأصول على أن على المتعدى الضمان ، ووجه من فرق بين
المنفلت وغير المنفلت بئين ، فإن المنفلت لا يملك . فسبب الخلاف في هذا
الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع لبعضه لبعض ، أعنى أن
الأصل يعارض « جرح العجماء جبار » ويعارض أيضا التفرقة التى في حديث
البراء ، وكذلك التفرقة التى في حديث البراء تعارض أيضا قوله « جرح العجماء
جبار » . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من
أعضاء الحيوان ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة برقع

ثمها ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر ابن عبد العزيز ؛ وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياسا على التعدى في الأموال ؛ والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا : إذا قال الصاحب قولا ولا يخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف ، فسبب الخلاف إذا معارضة القياس لقول الصاحب . ومن هذا الباب اختلافهم في الحمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا ؟ فقال مالك والشافعي : لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه ؛ وقال أبو حنيفة والثوري : يضمن قيمته على كل حال . وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود ، وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أخرى ؛ لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياسا أيضا على إهدار دم الصيد الحريم إذا صال وتمسك به حذاق أصحاب الشافعي . وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها ، أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس . ومن هذا الباب اختلافهم في المنكره على الزنى ، هل على مكرهها مع الحد صدق أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والليث : عليه الصداق والحد جميعا ؛ وقال أبو حنيفة والثوري : عليه الحد ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة . وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان : حق لله وحق للآدمي ، فلم يسقط أحدهما الآخر ؛ أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع . وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق في ذلك بمعنيين : أحدهما أنه إذا اجتمع حقان : حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله ، وهذا على رأى الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع . والمعنى الثاني أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعيا ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع . ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعي : يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ؛ وقال أبو حنيفة : تفوت

بالقيمة كقول مالك فيمن غير المصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ؛ وعند الشافعي لا يفوت المصوب بشيء من الزيادة . وهنا انقضى هذا الكتاب .
(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الاستحقاق

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق ، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشيء المستحق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشراء أنه لا يخاو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ، ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخاو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لا يخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمان أو مئتين ؛ فأما إن كان استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجميع . وأما إن كان استحق كله أو جله ، فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بثمان ما اشتراه منه إن كان اشتراه بثمان ، وإن كان اشتراه بالمئتين رجع بالمئتين بعينه إن كان لم يتغير ، فإن تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يمضي البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ؛ فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق ، فإن تغير الشيء المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان . فأما إن كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء ، أو بزيادة من ذات الشيء . فأما الزيادة من ذات الشيء فيأخذها المستحق ، مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه ، فمثل أن يشتري الدار فبنى فيها فتستحق من يده ، فإنه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو غرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب . وأما إن كانت الزيادة ولادة

من قبل المستحق منه ، مثل أن يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجه
على أنها حرة فتخرج أمة ، فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ
أعيان الولد ، واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الأم فقيل يأخذها بعينها ،
وقيل يأخذ قيمتها . وأما إن كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية
فلا خلاف أن أسيداً أن يأخذها ويرجع الزوج بالصدّاق على من غره ،
وإذا أزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ، لأن الغرر لم يتعلق
بالولد . وأما غلة البشء المستحق ، فإنه إذا كان ضامناً بشبهة مالك فلا خلاف
أن الغلة للمستحق منه ، وأعني بالضمأن أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده .
وأما إذا كان غير ضامن ، مثل أن يكون وارثاً فيطراً عليه وارث آخر
ليستحق بعض ما في يده فإنه يرد الغلة . وأما إن كان غير ضامن إلا أنه
ادعى في ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية ، فإنه وإن هلك عنده يرجع بالثمن
ففيه قولان : أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على
من يرجع . وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل يوم الحكم ، وقيل
من يوم ثبوت الحق ، وقيل من يوم توقيفه : وإذا قلنا إن الغلة تجب للمستحق
في أحد هذه الأوقات الثلاثة فإذا كانت أصولاً فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت
الثرو لم يقطف بعده ، فقيل إنها للمستحق ما لم تقطف ، وقيل ما لم تيبس ،
وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه ، وهذا إن
كان اشترى الأصول قبل الإبار . وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة
للمستحق عند ابن القاسم إن جدت ويرجع بالسقى والعلاج ؛ وقال أشهب :
هي للمستحق ما لم تجذ . والأرض إذا استحقت ، فالكرء إنما هو للمستحق إن
وقع الاستحقاق في إبان زريعة الأرض . وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء
الأرض للمستحق منه . وأما إن كان بغير نقصان ، فإن كان من غير سبب
المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما إن كان أخذ له ثمناً
مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فإنه يرجع
عليه بثمان ما باع من النقص : قال القاضي : ولم أجد في هذا الباب خلافاً
يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهي أصولهم في هذا
الباب ، ولكن يحسب على أصول الغير أنه إذا كان المستحق منشرى بعرض ،

وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بمرض مثله لا بقيمته ، وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل ؛ وكذلك يحسب على أصول الغير أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل أو كثير ، لأنه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض . كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .
(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الهبات

والنظر في الهبة : في أركانها ، وفي شروطها ، وفي أنواعها ، وفي أحكامها .
ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة .
فنقول : أما الأركان فهي ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة ؛
أما الواهب فلأنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك ، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد ؛ واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفساد . أما المريض فقال الجمهور : إنها في ثلثه تشبيها بالوصية ، أعني الهبة التامة بشروطها . وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : أن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة . وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام « في الذي أعتق ستة أعبد عند موته ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأزق الباقي » وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال : أعني حال الإجماع ، وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بيينة ، والحديث عندهم محمول على الوصية ، والأمراض التي يحجز فيها عند الجمهور هي الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج ، وفيه اختلاف . وأما الأرض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير ، وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفاسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه . واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي : واختلفوا في تفضيل الرجل بعض

ولده على بعض في الهبة ، أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكرهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ؛ وقال أهل الظاهر : لا يجوز التفضيل فضلا عن أن يهب بعضهم جميع ماله ؛ وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض : ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف في ألفاظه ، والحديث أنه قال « إن أباه بشيرا أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني نحت ابني هذا غلاما كان لي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكلٌ ولَدَكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هَذَا ؟ قال لا ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فإِرجِعْهُ » واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ ، قالوا : والارتجاع يقتضي بطلان الهبة : وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام « هَذَا جَوْرٌ » . وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإذا كان ذلك للأجنبي فهو للولد أخرى . واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغاية فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدى منك ، ولا أعز علي فقرا بعدى منك ، وإني كنت نحتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحترتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث . قالوا : وذلك الحديث المراد به التنب ، والدليل على ذلك أن في بعض رواياته : « أَلَسْتَ تُرِيدُ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبَرِّ وَاللُّطْفِ سَوَاءً ؟ قال : نعم ، قال : فَأَشْهَدُ عَلَى هَذَا غَيْرِي » . وأما مالك فانه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أخرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله : فسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهي الوارد ، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريم ، كما يقتضي الأمر الوجوب ؛ فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على التنب ، أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني أن

يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا : بتحريم التفضيل في الهبة . و اختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور : تصح ؛ وقال أبو حنيفة : لا تصح . وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع . وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح إلا مفردة كالرهن ، ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالحملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع . من جهة الغرر ؛ وقال الشافعي : ما جاز بيعه جازت هبته كالدين ، وما لم يجز بيعه لم تجز هبته ، وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته كالدين والرهن ، وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع . ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فأشهرها القبض ، أعني أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟ فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب ؛ وقال مالك : ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل إن علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام في الفور كان له الموهوب . فالك : القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة . وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس انقبض من شروطها أصلا ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روى عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون . فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض . وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم ، وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة . وما روى مالك عن عمر أيضا أنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسخونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيلى لم أعطه أحدا ، وإن مات قال هو لا بني قد كنت أعطيته إياه فنحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها للمنحول

له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة ، وهو قول على ، قالوا :
وهو إجماع من الصحابة ، لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف . وأما مالك
فاعتمد الأمرين جميعا : أعنى انقياس وما روى عن الصحابة ، وجمع بينهما ،
فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ،
ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل
القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى
يفوت القبض بمرض أو إنحلاس على الواهب سقط حقه . وجهه ورفقهاء الأمصار
على أن الأب يجوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفه الذي
ما وهبه كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم ، وأنه يكفي في الحيابة له لإشهاد
بالبه والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين :
والأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب
أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنا له صغيرا لم يبلغ أن يجوز نحاته فأعلن
ذلك وأشهد عليه فهي حيازة وإن وليها ؛ وقال مالك وأصحابه : لا بد من
الحيابة في المسكون والملبوس ، فإن كانت دارا سكن فيها نخرج منها ،
وكذلك الملبوس إن لبسه بطلت الهبة ، وقالوا في سائر العروض بمثل قول
الفقهاء ، أعنى أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق
فاختلفت الرواية فيه عن مالك ، فروى عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرج الأب
عن يده إلى يد غيره ، وروى عنه أنه يجوز إذا جعلها في ظرف أو إناء ونخم
عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود . ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصي
يقوم في ذلك مقام الأب . واختلفوا في الأم ؛ فقال ابن القاسم : لا تقوم مقام
الأب ، ورواه عن مالك ؛ وقال غيره من أصحابه : تقوم ، وبه قال أبو حنيفة ؛
وقال الشافعي : الجدة بمنزلة الأب ، والجدلة عند ابن وهب أم الأم تقوم
مقام الأم ، والأم عنده تقوم مقام الأب .

القول في أنواع الهبات

والهبة منها ما هي هبة عين ، ومنها ما هي هبة منفعة : وهبة العين منها ما يقصد
بها الثواب ، ومنها ما لا يقصد بها الثواب : والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد

بها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه الخلق . فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها ، وإن اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها ؛ فأجازها مالك وأبو حنيفة ؛ ومنعها الشافعي ، وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس ببيع مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز . ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز وكأن ما ك جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف أقول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم ؟ فقليل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل لا تلزمه إلا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ماسية أتى بعد ، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك . وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وبخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفتيير للغنى ، أو أن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب . وأما هبات المنافع فبها ما هي مؤجلة ، وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له ، وهذه تسمى العمرى ، مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار حياته ، وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أنها هبة مبنوتة : أى أنها هبة للرقبة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة . والقول الثانى أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة ، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحابه ، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو إلى ورثته . والقول الثالث أنه إذا قال : هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ما ك للمعمر ، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للأثر . أما الأثر فبذلك حديثان : أحدهما متفق على صحته ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْطَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقْبِهِ فَلَيْسَ لِلَّذِي يُعْطَاهَا لَاتَرْتَجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا أَبَدًا » لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث . والحديث الثانى حديث أبى الزبير عن جابر

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا معشر الأنصار أمسكوا على دينكم أموالكم ولا تعمروها فتن أعمار شديدا حيايته نهو له حيايته وتماته » وقد روى عن جابر بلفظ آخر « لا تعمروا ولا ترقبوا فتن أعمار شيئا أو أرقبه فهو لورثته » فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر . وحديث مالك عنه مخالف أيضا لشرط المعمر إلا أنه يخيل أنه أقل في المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوم تبئت العطية ، فن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر ، وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك ؛ وأما من قال إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه ، أعني رواية أبي الزبير عن جابر . وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الإسكان عندهم أو الإيخانة بخلاف العمرى وإن لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والإسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف إلى المسكن أبدا على قول الجمهور في العمرى . والحق أن الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفا له إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

القول في الاجكام

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة ، وهو الرجوع فيها . فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً أو بالجملة فالم يترتب عليه حق الغير ، وأن للأم أيضا أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حيا ، وقد روى عن مالك أنها لا تعتصر ؛ وقال أحمد وأهل الظاهر : لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة عليه . وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أى وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها . وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض

الآثار ؛ فن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت ؛ وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العائدُ في هبته كالكلبِ يعودُ في قيئه » ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام « لا يحلُّ لَوَاهِبٍ أنْ يَرْجِعَ في هبته إِلَّا الْوَالِدُ » وقاس الأم على الوالد ؛ وقال الشافعي : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ؛ وقال غيره : قد اتصل من طريق حسين المعلم ، وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا لدوى الرحم المحرمة ، فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال : من وهب هبة لصاة رُحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذ لم يرض منها . قالوا وأيضا فإن الأصل أن من وهب شيئا عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة . وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها . وفي مراسلات مالك أن رجلا أنصاريًا من الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهاكها فورث ابنهما المال وهونخل ، فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال : قَدْ أُجِيرَتْ فِي صَدَقَتِكَ وَخُذْهَا بِمِيرَاثِكَ » وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « كنت قد تصدقت على أُمي بوليدة ، وإنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال صلى الله عليه وسلم : وَجَبَ أَجْرُكَ وَرَجَعَتْ إِلَيْكَ بِالمِيرَاثِ » وقال أهل الظاهر : لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « لا تشتره في الفرس الذي تصدقَ به - فإنَّ العائدَ في هبته كالكلبِ يعودُ في قيئه » والحديث متفق على صحته . قال القاضي : والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق ، والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق . وهذا القدر كاف في هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين القسم الأول : النظر في الأركان . والثاني :
في الأحكام . ونحن إنما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

القول في الأركان

والأركان أربعة : الموصى ، والموصى له ، والموصى به ، والوصية .
أما الموصى فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية
السفينة والصبي الذي يعقل القرب ؛ وقال أبو حنيفة لا تجوز وصية الصبي
الذي لم يبلغ ، وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم
إذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فلأنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز
لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » واختلفوا هل
تجوز لغير القرابة ؟ فقال جمهور العلماء : إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية ،
وقال الحسن وطاوس : ترد الوصية على القرابة ، وبه قال إسحاق ، وحجة
هؤلاء ظاهر قوله تعالى - الوصية للوالدين والأقربين - والألف واللام
تقتضي الحصر . واحتج الجمهور بحديث عمران بن حصين المشهور وهو « أن
رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته لآمال له غيرهم ، فأقرع
رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » . والعبد
غير القرابة . وأجمعوا - كما قلنا - أنها لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة .
واختلفوا - كما قلنا - إذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل
الظاهر والمزني : لا تجوز . وسبب الخلاف هل المنع لعللة الورثة أو عبادة ؟
فن قال عبادة قال : لا تجوز وإن أجازها الورثة ؛ ومن قال بالمنع لحق
الورثة أجازها إذا أجازها الورثة ؛ وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد
المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » هل هو معقول المعنى
أم ليس بمعقول ؟ واختلفوا في الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت
الموصى له ، وهم الجمهور ؛ وقال قوم : لا تبطل وفي الوصية للتاتل

خطأ وعمداً وفي هذا الباب فرع مشهور ، وهو إذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟ فقيل لهم ، وقيل ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولاً يكونوا ، أعني أنهم إن كانوا في عياله كان لهم الرجوع ، وأثلاثة الأقوال في المذهب .

القول في الموصى به والنظر في جنسه وقدره

أما جنسه فإنهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب ، واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة . وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الأموال . وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث ، لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره ، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر . وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيما لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دوّنه ؟ وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم « أنه عاد سعد بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله : قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الثلث والثلث كثير إنّاك أن تذر ورثتك أغنياء خسير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » فصار الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث ، واختلفوا في المستحب من ذلك ، فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث ، لقوله عليه الصلاة والسلام . في هذا الحديث « والثلث كثير » وقال بهذا كثير من السلف . قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إلى . وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فإنهم اعتمدوا على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله جعل لكم في الوصية ثلثاً آمنوا بكم »

زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ» وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس أنه قال : لو غرض الناس في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلي ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الثلث والثلث كثير » . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له ، فإن مالكا لا يجيز ذلك والأوزاعي ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبو حنيفة وإسحق ، وهو قول ابن مسعود : وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التي علل بها الشارع أم ليس بخاص ، وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس . كما قال عليه الصلاة والسلام « إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » فمن جعل هذا السبب خاصا وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ، ومن جعل الحكم عبادة وإن كان قد علل بعلة ، أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لا تجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية

والوصية بالجملة هي هبة للرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعني أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به ، إلا الملبس فانهم اختلفوا فيه على ما سيأتي في كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لا يجب للموصي له إلا بعد موت الموصي . واختلفوا في قبول الموصي له هل هو شرط في صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصي له إياها شرط في صحة الوصية ؛ وروى عن الشافعي أنه ليس القبول شرطا في صحتها ، ومالك شبهها بالهبة .

القول في الأحكام

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية . فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذي عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه

الثالث من جميع مال الميت ؛ وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وأحمد
 حو داود .. وعملتهم أن للوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله
 لإياها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير
 الوصية . وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى
 أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك
 كلفوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك
 الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة ، وإن كان الثلث فأقل جبروا على
 إخراجه ، وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فرق الثلث ، فعند
 مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به ، أو يفرجوا له عن
 جميع ثلث مال الميت ، إما في ذلك الشيء بعينه ، وإما في جميع المال على
 اختلاف الرواية عن مالك في ذلك ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : له ثلث تلك
 العين ويكون بياقيه شريكا للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث .
 وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه ، فهل
 الأعدل في حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية
 ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق
 مشتركا ، وهذا هو الأولى إذا قلنا إن التعدى هو في التعيين لكونه أكثر من
 الثلث ، أعنى أن الواجب أن يسقط التعيين . وإما أن يكلف الورثة أن يعضوا
 التعيين أو يتخذوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم
 فيمن وجبت عليه زكاة فوات ولم يوص بها وإذا وصى بها فهل هي من الثلث ،
 أو من رأس المال ؟ فقال مالك : إذا لم يوص بها لم يلزمه الورثة إخراجها ،
 وقال الشافعي : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ، وإذا وصى بها ؛ فعند
 مالك يلزم الورثة إخراجها وهي عنده من الثلث ، وهي عند الشافعي في الوجهين
 من رأس المال شبهها بالدين أقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فَلَئِنْ
 اللَّهُ أَحَقُّ أَنْ يُقْبَضَ » وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ،
 ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ، ولا خلاف
 أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق ، وكأن مالكا
 اتهمه هنا على الورثة ، أعنى في توصيته بإخراجها ، قال : ولو أجز هذا لحاز

للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره إذا دنا من الموت وصى بها فإذا زاحت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها ؛ وقال أبو حنيفة : هي وسائر الوصايا سواء ، يريد في الخاصة . واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثالث إذا كانت مستوية أنها تتحاص في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قدم الأهم . واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد للورثة الزائد ، فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا ؛ وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية . وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه بإسقاط الورثة ؟ فن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذ كان مشاعا قال : يقتسمون المال أخماسا ؛ ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال : يقتسمون الباقي على السواء . ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله ولمال يعلم به ومال لا يعلم به ، فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ، وعند الشافعي تكون في المالين . وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين إذا لم يخرج من المال الذي يعلم . وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ، ولانحلاف بينهم أن للرجل أن يوصي بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للإمام أن يوصي بها .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الفرائض

والنظر في هذا الكتاب ، فيمن يرث ، وفيمن لا يرث . ومن يرث هل يرث دائما ، أو مع وارث دون وارث ؛ وإذا ورث مع غيره فكيف يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث ؟ وإذا ورث مع وارث ، فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف ؟ . والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض ، والسهيل الحاضرة في ذلك بأن يذكر حكم

جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك أن ينظر إلى الولد إذا انفرد كم ميراثه ، ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة : ذو نسب وأصهار ، ومولى . فأما ذوو النسب ، فمنها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها . فأما المتفق عليها فهي الفروع : أعني الأولاد ، والأصول : أعني الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا ، وكذلك الفروع المشاركة للميت في الأصل الأدنى : أعني الإخوة ذكورا أو إناثا ، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام ، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء إذا نصبا وكانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة ؛ أما الرجال : فالابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أبوالأب وإن علا والأخ من أى جهة كان : أعني للأم والأب أو لأحدهما وابن الأخ وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل والزوج ومولى النعمة . وأما النساء : فالابنة وابنة الابن وإن سفل والأم والجددة وإن علت والأخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام ، وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة ، وهم بالجملة بنو البنات وبنات الإخوة وبنو الأخوات وبنات الأعمام والعم أخو الأب للأم فقط وبنو الإخوة للأم والعمة والخالات والأخوال ؛ فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لا ميراث لهم ؛ وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة العلماء من سائر الآفاق إلى توريثهم . والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم ؛ فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى توريثهم على ترتيب العصبات ، وذهب سائر من ورثهم إلى التنزيل ، وهو أن ينزل كل من أدلى منهم ببنى سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به . وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شيء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو إجماع ، وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية ، فزعموا أن دليهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى - وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بِأَنْصَبِهِمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضِهِمْ - وقوله تعالى - لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ - واسم القرابة ينطلق على ذوى الأرحام ، ويرى

المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث . وأما السنة فاحتجوا بما خرجه
 الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي عبيدة أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال « الله ورَسُولُهُ مَوْلَى مَنْ لَمْ يَمُوتْ لَهُ ، وَالْحَالُ وَارِثُ
 مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ » . وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبي حنيفة
 قالوا : إن ذوى الأرحام أولى من المسلمين لأنهم قد اجتمع لهم سببان :
 القرابة والإسلام ، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب ، أعنى أن من
 اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخرو أصحابه
 فشبّهوا الإرث بالولاية وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن
 للهيت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الأرحام وجب أن يكون
 لهم ولاية الإرث ، وللفريق الأول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف .
 وإذا قد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر
 من ذلك ما يجرى مجرى الأصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .
 (ميراث الصلب) وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم
 إن كانوا ذكورا وإناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وأن الابن
 الواحد إذا انفرد فله جميع المال ، وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة أن
 لها النصف ، وإن كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان . واختلفوا فى الاثنتين
 فذهب الجمهور إلى أن لهما الثلثين ، وروى عن ابن عباس أنه قال : للبنتين
 النصف . والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى - فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً
 فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثُ مَا تَرَكَ - هل حكم الاثنتين المسكوت عنه
 يباحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من باب دليل الخطاب أنهما
 لاحقان بحكم الواحدة ؛ وقد قيل إن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور
 وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر
 « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطى البنيتين الثلثين » قال فيما أحسب أبو عمر
 ابن عبد البر وعبد الله بن عقيل : قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم
 آخرون . وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى - يُوَصِّيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ
 لِلذَّكَرِ مِثْلُ مِثْلِ الْأُنثَيَيْنِ - إلى قوله - وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا
 النِّصْفُ - وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد

البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون ، إلا شيء روى عن مجاهد أنه قال : ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع إلى الثمن ، ولا الأم من الثلث إلى السدس . وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب إذا استكمل بنات المتوفى الثلثين . واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتهم أو أبعد منهم ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبه قال على رضي الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة ، وذهب أبو ثور وداود أنه إذا استكمل البنات الثلثين أن الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه . وكان ابن مسعود يقول في هذه - للذكر مثل حظ الأنثيين - إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا تعطى إلا السدس . وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين - وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى ، وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب أن يعصب في الفاضل من المال . وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اقْسِمُوا بِالْمَالِ بَيْنَ أَهْلِ الْقَرَائِضِ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ » ، فَمَا أَبْقَتِ الْقَرَائِضُ فَيَلْأُولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ ، ومن طريق المعنى أيضا أن بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحري أن لا ترث مع غيرها ، وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما يجب لهن مع الانفراد ، وهي حجة قريبة من حجة داود ، والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبن كان في درجتهم أو أطرف منهم . وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يعصبن إلا إذا كان في مرتبتهم ، وجمهور العلماء على أنه إذا ترك المتوفى بنتا لصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر أن لبنات الابن السدس تكلمة الثلثين ، وخالفت الشيعة في ذلك فقالت : لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن الابن مع

الابن ، فالاختلاف في بنات الابن في موضعين : مع بنى الابن ، ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف . فالمتحصل فيهن إذا كن مع بنى الابن أنه قيل يرثن ، وقيل لا يرثن ؛ وإذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا مطلقا ، وقيل يرثن تعصيبا إلا أن يكون أكثر من السدس ؛ وإذا قيل يرثن فقيل أيضا إذا كان ابن الابن في درجتهم وقيل كيفما كان ، والمتحصل في وراثتهم مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف إلى تكملة الثلثين قيل يرثن ، وقيل لا يرثن . (ميراث الزوجات) وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو أنثى ، إلا ما ذكرنا عن مجاهد ، وأنها إن تركت ولدا فله الربع ، وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولدا ولا ولد ابن الربع ، فإن ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن ، وأنه ليس يحجب أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد ، وهذا لورود النص في قوله تعالى - وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ - الآية .

(ميراث الأب والأم) وأجمع العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال ، وأنه إذا انفرد الأبوان كان للأم الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى - وَوَرِثَةُ أَبَوَاهُ فَإِلَافُ الْثُلُثِ - وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان لابن ولد أو ولد ابن السدسان ، أعنى أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى - وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ - والجمهور على أن الولد هو الذي ذكر دون الأنثى وخالفهم في ذلك من شذ ؛ وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد ؛ وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم يحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى - فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَإِلَافُ السُّدُسِ - . واختلفوا في أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة ، فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا ، وبه قال مالك وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعدا ، وأن الاثنين لا يحجبان الأم ، من الثلث إلى السدس ، والخلاف آيل إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ؛ فمن

قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال: الإخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ؛
ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال : الإخوة الحاجبون هما اثنان
أعني في قوله تعالى - فإن كان له إخوة - ولا خلاف أن الذكر والأنثى
يدخلان تحت اسم الإخوة في الآية وذلك عند الجمهور . وقال بعض المتأخرين
لأنقل الأم من الثلث إلى السدس بالأخوات المنفردات ، لأنه زعم أنه ليس
ينطلق عليهن اسم الإخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على
المؤنث ، إذ اسم الإخوة هو جمع أخ ، والأخ مذكر . واختلفوا من هذا الباب
فيمن يرث السدس الذي تحجب عنه الأم بالإخوة ، وذلك إذا ترك المتوفى
أبوين وإخوة ، فقال الجمهور : ذلك السدس للأب مع الأربعة الأسداس .
وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للإخوة الذين حجبا ، وللأب الثلثان
لأنه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب إلا الإخوة مع الآباء ،
وهضعف قوم الإسناد بذلك عن ابن عباس ، وقول ابن عباس هو القياس .
واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالغراوين ، وهي فيمن ترك زوجة
وأبوين ، أو زوجا وأبوين ؛ فقال الجمهور : في الأولى للزوجة الربع ، وللأم
ثلث ما بقي ، وهو الربع من رأس المال ، وللأب ما بقي وهو النصف ،
وقالوا في الثانية : للزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس من رأس
المال ، وللأب ما بقي وهو السدسان ، وهو قول زيد والمشهور من قول علي
رضي الله عنه . وقال ابن عباس في الأولى : للزوجة الربع من رأس المال ،
وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض ، وللأب ما بقي لأنه عاصب ؛ وقال
أيضا في الثانية : للزوج النصف ، وللأم الثلث لأنها ذات فرض مسمى ،
وللأب ما بقي ، وبه قال شريح القاضي وداود وابن سيرين وجماعة . وعمدة
الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب
الباقى ، وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقي من المال ، كأنهم رأوا أن
يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الأصول . وعمدة الفريق
الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب ، والعاصب ليس له فرض
محدد مع ذى الفروض ، بل يقل ويكثر ، وما عليه الجمهور من طريق

التعالم أظهر ، وما عليه الفريق اثنان مع عدم التعليل أظهر ، وأعني بالتعليل ههنا أن يكون أحق سبب الإنسان أولى بالإيثار : أعني الأب من الأم .
(ميراث الإخوة للأم) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأم إذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكرًا كان أو أنثى وأنهم إن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية ، للذكر منهم مثل حظ الأنثى سواء . وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة : وهم الأب والجد أبوالأب وإن علا ، والبنون ذكورهم وإنهم ، وبنو البنين وإن سفلوا ذكورهم وإنهم ، وهذا كله لقوله تعالى - « وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ - الآية » ، وذلك أن الإجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الإخوة للأم فقط ، وقد قرئ « وله أخ أو أخت من أمه » وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلاله هي فقد الأصناف الأربعة التي ذكرنا من النسب : أعني الآباء والأجداد والبنين وبنو البنين .

(ميراث الإخوة للأب والأم وللأب) وأجمع العلماء على أن الإخوة للأب والأم أو للأب فقط يرثون في الكلاله أيضا . أما الأخت إذا انفردت فإن لها النصف وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان ، كالحال في البنات ، وأنهم إن كانوا ذكورا وإنثا فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات ، وهذا لقوله تعالى - « يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ - » إلا أنهم اختلفوا في معنى الكلاله ههنا في أشياء واتفقوا منها في أشياء يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ؛ فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم ذكرانا كانوا أو إناثا أنهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ، ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيئا . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فمنها أنها اختلفوا في ميراث الإخوة للأب والأم مع البنت أو البنات ، فذهب الجمهور إلى أنهن عصبه يعطون ما فضل عن البنات ؛ وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة إلى أن الأخت لا ترث مع البنت شيئا . وعمدة الجمهور في هذا الحديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في ابنة وابنة ابن وأخت « إِنَّ لِلْبِنْتِ النِّصْفَ وَلابْنَةُ ابْنِ السُّدُسِ تَكْسِمِلَةُ الثَّلَاثِينَ وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ » .

وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الإخوة مع البنات ، فكذلك الأخوات . وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى - إنْ أَمْرُوهُمَ هَكَذَا لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ - فلم يجعل للأخت شيئاً إلا مع عدم الولد ، والجمهور حملوا اسم الولد ههنا على المذكور دون الإناث . وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم يحجبون الإخوة للأب عن الميراث قياساً على بنى الأبناء مع بنى الصاب . قال أبو عمر : وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول . عن علي رضي الله عنه قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات » وأجمع العلماء على أن الأخوات للأب والأم إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للأخوات للأب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ، وأنه إن كانت الأخت للأب والأم واحدة فلا أخوات للأب ما كن بقية الثلثين وهو السدس . واختلفوا إذا كان مع الأخوات للأب ذكر ، فقال الجمهور : يعصبن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال في بنات الابن مع بنات الصاب ؛ واشترط مالك أن يكون في درجتهم ؛ وقال ابن مسعود : إذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين ذالباقي للذكور من الإخوة للأب دون الإناث ، وبه قال أبو ثور ؛ وخالفه داود في هذه المسئلة ، مع موافقته له في مسئلة بنات الصاب وبنى البنين ، فإن لم يستكملن الثلثين ، فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصل للنباء أكثر من السدس كالحال في بنت الصاب مع بنى الابن . وأدلة الفريقين في هذه المسئلة هي تلك الأدلة بأعيانها . وأجمعوا على أن الإخوة للأب يقومون مقام الإخوة للأب والأم عند فقدهم ، كالحال في بنى البنين مع البنين ، وأنه إذا كان معهن ذكر عصبن ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين كالحال في البنين إلا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشركة ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، وهي امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها ، فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف والأم السدس وللإخوة للأم الثلث ، فيستغرون المال فيبقى الإخوة للأب والأم بلا شيء ، فكانوا يشركون الإخوة للأب والأم

حتى الثالث مع الإخوة للأم يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين : وبالتشريك يقال من فقهاء الأمصار مالك والشافعي والثوري . وكان على رضى الله عنه وأبى بن كعب وأبو موسى الأشعري لا يشركون إخوة الأب والأم في الثالث مع إخوة الأم في هذه الفريضة ، ولا يوجبون لهم شيئا فيها ، وقال به من فقهاء الأمصار : أبو حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة . وحجة الفريق الأول أن الإخوة للأب والأم يشاركون الإخوة للأم في السبب الذى به يستوجبون الإرث وهى الأم فوجب أن لا ينردوا به دونهم ، لأنه إذا اشتركوا في السبب الذى به يورثون وجب أن يشركوا في الميراث : وحجة الفريق الثانى أن الإخوة الشقائق عصبية ، فلا شيء لهم إذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث . وعمدتهم باتفاق الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لأم وإخوة شقائق عشرة أو أكثر أن الأخ للأم يستحق ههنا السدس كاملا ، والسدس الباقي بين الباقيين مع أنهم مشاركون له في الأم . فحسب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ ، فيما فيه نص .

(ميراث الجدة) وأجمع العلماء على أن الأب يحجب الجدة وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض : واختلفوا هل يقوم مقام الأب في حجب الإخوة الشقائق ، أو حجب الإخوة للأب ؟ فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة إلى أنه يحجبهم ، وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعي وداود وجماعة . واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الإخوة مع الجدة ، إلا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد . وعمدة من جعل الجدة بمنزلة الأب اتفقا في المعنى ، أعنى من قبل أن كليهما أب للميت ، ومن اتفقا في كثير من الأحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى إنه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : أما يتق الله زيد ابن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب الأب أبا . وقد أجمعوا على أنه مثله في أحكام آخر سوى الفروض ، منها أن شهادته لحفيده كشهادة الأب وأن الجدة يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لا يقتص له من

جده كما لا يتمص له من أب . وعمدة من ورث الأخ مع الجده أن الأخ أقرب إلى الميت من الجده ، لأن الجده أبو أبي الميت ، والأخ ابن أبي الميت ، والابن أقرب من الأب . وأيضا فما أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يقدم على العم ، وهو يدلى بالأب ، والعم يدلى بالجده . فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب . فإن قيل : فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى ؟ قلنا : قياس من مساوى بين الأب والجده ، فإن الجده أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة ، وإذا لم يحجب الابن الجده وهو يحجب الإخوة فالجده يجب أن يحجب من يحجب الابن ، والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وإنما هو مشارك له في الأصل ، والأصل أحق بالشئ من المشارك له في الأصل ، والجده ليس هو أصلا للميت من قبل الأب بل هو أصل لأصله ، والأخ يرث من قبل أنه فرع لأصل الميت ، فالذى هو أصل لأصله أولى من الذى هو فرع لأصله ، ولذلك لا معنى لقول من قال إن الأخ يدلى بالبنوة ، والجده يدلى بالأبوة ، فإن الأخ ليس ابنا للميت وإنما هو ابن أبيه ، والجده أبو الميت ، والبنوة إنما هى أقوى فى الميراث من الأبوة فى الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث : وأما البنوة التى تكون لأب موروث ، فليس يلزم أن تكون فى حق الموروث أقوى من الأبوة التى تكون لأب الموروث ، لأن الأبوة التى لأب الموروث هى أبوة ما للموروث : أعنى بعيدة ، وليس البنوة التى لأب الموروث بنوة ما للموروث لأقربى ولا بعيدة ، فمن قال الأخ أحق من الجده ، لأن الأخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجده يدلى بالأبوة هو قول غلط مخيل ، لأن الجده أب مآ ، وليس الأخ ابنا ما . وبالجملته الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر عارض والجده مسبب من أسبابه ، والسبب أملك للشئ من لاحقه . واختلف الذين ورثوا الجده مع الإخوة فى كيفية ذلك : فتحصيل مذهب زيد فى ذلك أنه لا يخلو أن يكون معه سوى الإخوة ذو فرض مسمى أو لا يكون ، فإن لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الأفضل له من اثنين ، إما ثلث المال ، وإما أن يكون كواحد من الإخوة الذكور ، وسواء كان الإخوة ذكرا أو إناثا أو الأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال ، وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة

يأخذ الثلث ، وهو مع الأخت الواحدة إلى الأربع يتقسمون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثالث ، لأنه أفضل له من المقتسمة ، فهذه هي حاله مع الإخوة فقط دون غيرهم . وأما إن كان معهم ذوات فرض مسمى فإنه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم ، فما بقي أعطى الأفضل له من ثلاث : إما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوى الفرائض ، وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الإخوة ، وإما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ، ثم ما بقي يكون للإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين في الأكدرية على ما سذكر مذنب فيها مع سائر مذاهب العلماء : وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجدة الأخطى له من السدس أو المقاسمة ، وسواء كان مع الجدة والإخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن ، وإنما لم ينقصه من السدس شيئا ، لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئا كان أحرى أن لا ينقصه الإخوة . وعمدة قول زيد أنه لما كان يحجب الإخوة للأم فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثالث ، ويقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة ، ويقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة . وأما الفريضة التي تعرف بالأكدرية وهي امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فإن العلماء اختلفوا فيها ، فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس ، وذلك على جهة العول . وكان على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة ، إلا أنه زيدا يجمع سهم الأخت والجدة ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشرية الذي قال به زيد في هذه الفريضة ، ويقول زيد قال مالك ، وقيل إنما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها ، وهذا كله على ما ذهب من يرى العول ، وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار ، إلا ابن عباس فإنه روى عنه أنه قال : أعال الفرائض عمر بن الخطاب ، وأيم الله لو قدم ابن قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة ، قيل له : وأيا قدم الله ، وأيا أخر الله ؟ قال : كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موحبها إلا إلى فريضة أخرى فهي ما قدم الله ، وكل فريضة إذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقي فتلك التي أخر الله .

خالأول مثل الزوجة والأم ، والمتأخر مثل الأخوات والبنات ، قال : فإذا
اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله ، فلن بقي شيء فلمن أخر الله ، وإلا فلا
شيء له ، قيل له : فهلا قلت هذا القول لعمر : قال : هبته . وذهب زيد
إلى أنه إذا كان مع الجد والإخوة الشقائق لإخوة لأب ، أن الإخوة الشقائق
يعادون الجد بالإخوة للأب ، فيمنعونهم بهم كثرة الميراث ، ولا يرثون مع
الإخوة الشقائق شيئا إلا أن يكون الشقائق أختا واحدة ، فإنها تعادى الجد
بإخوتها للأب ما بينهما^١ وبين أن تستكمل ذريعتها وهي النصف ، وإن
كان فيما يحاز لها وإخوتها لأبيها نضل من نصف رأس المال كله ، فهو
لإخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يفضل شيء على النصف فلا
ميراث لهم ، فأما على رضى الله عنه فكان لا يلتفت هنا للإخوة للأب للإجماع ،
على أن الإخوة الشقائق يحجبونهم ، ولأن هذا الفعل أيضا مخالف الأصول ،
أعنى أن يحتسب بمن لا يرث ، واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا
الباب في الفريضة التي تدعى الحرقاء ، وهي أم وأخت وجد على خمسة أقوال .
فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس إلى أن للأم الثلث والباقي للجد
ووجبوا به الأخت ، وهذا على رأيهم في إقامة الجد مقام الأب . وذهب على
رضى الله عنه إلى أن للأم الثلث وللأخت النصف وما بقي للجد . وذهب عثمان
إلى أن للأم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث ، وذهب ابن مسعود إلى أن
للأخت النصف وللجد الثلث وللأم السدس ، وكان يقول معاذ الله أن أفضل
أما على جد . وذهب زيد إلى أن للأم الثلث وما بقي بين الجد والأخت للذكر
مثل حظ الأنثيين .

(ميراث الجدات) وأجمعوا على أن للجددة أم الأم السدس مع عدم الأم ،
وأن للجددة أيضا أم الأب عند فقد الأب السدس ، فإن اجتمعا كان السدس
بينهما . واختلفوا فيما سوى ذلك ؛ فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن للجددة أم الأم
يفرض لها السدس فريضة ، فإذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما إذا كان
قعددهما سواء ، أو كانت أم الأب أقعد ، فإن كانت أم الأم أقعد : أى أقرب
إلى الميت كان لها السدس ، ولم يكن للجددة أم الأب شيء ، وقد روى عنه

(١) هكذا هذه العبارة بالأصول ، ولينظر ما معناها اه مصححه .

أيهما أقعد كان لها السدس ، وبه قال على رضى الله عنه ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور ، وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجذتين المجتمع على توريثهما ، وكان الأوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جذات واحدة من قبل الأم واثنان من قبل الأب أم الأب وأم أبي الأب : أعنى الجدة ، وكان ابن مسعود يورث أربع جذات : أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب : أعنى الجدة وأم أبي الأم : أعنى الجدة ، وبه قال الحسن وابن سيرين : وكان ابن مسعود يشرك بين الجذات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها . وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا إذا كانتا من جهة واحدة . وروى عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم ، وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس . فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ، ومن قال بمذهب زيد مارواه مالك أنه قال « جاءت الجدة إلى أبي بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها ، فقال أبو بكر : مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعي حتى أسأل الناس ، فقال له المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال : محمد بن مسلمة ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنقذه أبو بكر لها ، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر ابن الخطاب تسأله ميراثها ، فقال لها : مالك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك ، وما أنا بزائد في الفرائض ، ولكنه ذلك السدس ، فإن اجتمعنا فيه فهو لكما ، وأيتكما انفردت به فهو لها » وروى مالك أيضا أنه أتت الجذتان إلى أبي بكر ، فأراد أن يجعل السدس للتي من قبل الأم ، فقال له رجل : أما إنك تركت التي لو ماتت وهو حي كان لها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما . قالوا : فوجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة وإجماع الصحابة . وأما عمدة من ورث الثلاث جذات فحديث ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم « أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جذات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم » وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه . واختلفوا هل يجب الجدة للأب ابنها وهو الأب ، فذهب زيد إلى أنه

يحجب ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود ؛ وقال آخرون : ترث
الجدة مع ابنها ، وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة ، وبه
قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد ، وهو قول الفقهاء المصريين . وعمدة
من حجب الجددة بابنها أن الجد لما كان محجوبا بالأب وجب أن تكون الجددة
أولى بذلك . وأيضا فلما كانت أم الأم لا ترث بإجماع مع الأم شيئا كان
كذلك أم الأب مع الأب . وعمدة الفريق الثاني مروي الشعبي عن مسروق
عن عبد الله قال : أول جدة أعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا
جدة مع ابنها وابنها حتى قالوا : ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم
لا يحجب بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات ، وينبغي أن يعلم أن مالكا
لا يخالف زيدا إلا في فريضة واحدة ، وهي امرأة هلكت وترك زوجا وأما
وإخوة لأم وإخوة لأب وأم وجدا ، فقال مالك : للزوج النصف ، وللأم
السدس وللجد ما بقي وهو الثالث ، وليس للإخوة الشقائق شيء ؛ وقال
زيد : للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، وما بقي للإخوة
الشقائق ، فخالف مالك في هذه المسئلة أصله من أن الجد لا يحجب الإخوة.
الشقائق ولا الإخوات للأب . وحجته أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثالث
الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله
في أنه لا يحجبهم .

باب في الحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب
يحجب بني الأخ الشقيق ، وأن بني الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ،
وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى
من العم أخى الأب ، وابن العم أخى الأب الشقيق أولى من ابن العم أخى الأب
للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنهم ، ومن حجب منهم صنف فهو
يحجب من يحجبه ذلك الصنف . وبالحملة ، أما الإخوة فالأقرب منهم يحجب
الأبعد ، فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب
واحد وهو الأب فقط ؛ وكذلك الأعمام الأقرب منه يحجب الأبعد ، فإن

استوا حجب عنهم من يدلى منهم إلى الميت بسبيين من يدلى بسبب واحد ،
أعنى أنه يحجب العم أخوال الأب لأب وابن العم الذى هو أخوال الأب لأب فقط .
وأجمعوا على أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمام ، لأن الإخوة
بنو أب المتوفى ، والأعمام بنو جده ، والأبناء يحجبون بنيتهم ، والآباء
أجدادهم ، والبنون وبنوهم يحجبون الإخوة ، والجد يحجب من فوقه من
الأجداد بإجماع ، والأب يحجب الإخوة ويحجب من تحجبه الإخوة ، والجد
يحجب الأعمام بإجماع والإخوة للأم ، ويحجب بنو الإخوة الشقائق وبنو الإخوة
للأب ، والبنات وبنات البنين يحجبن الإخوة للأم . واختلف العلماء فيمن
ترك ابني عم أحدهما أخ للأم ، فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى :
للأخ للأم السدس من جهة ما هو أخ لأم وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر
عصبة يقتسمونه بينهم على السواء ، وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن
عباس ؛ وقال قوم : المال كله لابن العم الذى هو أخ لأم يأخذ سدسه بالإخوة
وبقيته بالتعصيب ، لأنه قد أدلى بسبيين . ومن قال بهذا القول من الصحابة
ابن مسعود ، ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى ، وهو قول الحسن وعطاء .
واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض إذا بقيت من
المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب ، فكان زيد لا يقول
بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى ؛ وقال جـل
الصحابة بالرد على ذوى الفروض ما عدا الزوج والزوجة وإن كانوا
اختلفوا فى كيفية ذلك ، وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين .
وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم ، فمن كان له نصف
أخذ النصف مما بقى ، وهكذا فى جزء جزء . وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب
أولى من قرابة الدين فقط : أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب
واحد . وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب الموارث
يجب أن نذكرها هنا ، فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله
تعالى - وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا - ولما ثبت من
قوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم »
واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر ، وفى ميراث المسلم المرتد ، فذهب جمهور

العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ؛ وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد ابن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر ، وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الإرث ، ورووا في ذلك حديثا مسندا ، قال أبو عمر : وليس بالقوى عند الجمهور ، وشبهوه أيضا بالقصاص في النماء التي لا تتكافأ . وأما مال المرتد إذا قتل أو مات ، فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته ، وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما . وعمدة اقريق الأول عموم الحديث ، وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس ، وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين : بالإسلام والتقاربة ، والمسلمون بسبب واحد ، وهو الإسلام ، وربما أكدوا بما يبقى لما له من حكم الإسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه ، وذلك لا يكون إلا بأن يكون لماله حرمة إسلامية ، ولذلك لم يجر أن يُقرَّ على الارتداد ، بخلاف الكافر . وقال الشافعي وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة إذا تاب من الردة في أيام الردة ، والطائفة الأخرى تقول : يوقف ماله لأن له حرمة إسلامية ، وإنما وقف رجاء أن يعود إلى الإسلام ، وأن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الإرث وشذت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عند ما يرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريت أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا . واختلفوا في توريت الملل المختلفة ، فذهب مالك وجماعة إلى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى ، وبه قال أحمد وجماعة ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم : الكفار كلهم يتوارثون ، وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثا : النصارى واليهود والصابئين ملة ، والمجوس ومن لا كتاب له ملة ، والإسلام ملة . وقد روى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك . وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب

عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يورث أهل ملتين » .
وعنده الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الكافر ولا
الكافر المسلم » وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن المسلم يرث المسلم
والكافر يرث الكافر . والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا .
واختلفوا في توريث الحملاء ، والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد
الشرك إلى بلاد الإسلام ، أعني أنهم يولدون في بلاد الشرك ثم يخرجون إلى
بلاد الإسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب ، وذلك على ثلاثة
أقوال : قول لهم يتوارثون بما يدعون من النسب ، وهو قول جماعة من التابعين
وإليه ذهب إسحاق . وقول لهم لا يتوارثون إلا ببينة تشهد على أنسابهم ، وبه
قال شريح والحسن وجماعة . وقول لهم لا يتوارثون أصلا وروى عن عمر
الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث إلا من ولد في بلاد العرب
وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز . وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك
قولهم ، فمنهم من رأى أن لا يورثون إلا ببينة ، وهو قول ابن القاسم : ومنهم
من رأى أن لا يورثون أصلا ولا بالبينة العادلة ، ومن قال بهذا القول من
أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون ، وروى ابن القاسم عن مالك في أهل
حصن نزلوا على حكم الإسلام ، فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون ، وهذا
يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة ، لأن مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على
بعض قال : فأما إن سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك وينحو هذا التفصيل قال
الكوفيون والشافعية وأحمد وأبو ثور ، وذلك أنهم قالوا : إن خرجوا إلى بلاد
الإسلام وليس لأحد عليهم يد قبلت دعواهم في أنسابهم ، وأما إن أدركهم
السبي والرق فلا يقبل قولهم إلا ببينة . ففي المسئلة أربعة أقوال : اثنان طرفان ،
واثنان مفرقان . وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على وزيد
وعمر أن من لا يرث لا يحجب مثله الكافر والمملوك والقاتل عمدا ، وكان
ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعني بأهل الكتاب وبالعبيد
وبالقاتلين عمدا ، وبه قال داود وأبو ثور . وعنده الجمهور أن الحجب في معنى
الإرث وأنها متلازمان . وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع إلا بالموت .
واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هلم ولا يدري من

مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث ؟ فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يورث بعضهم من بعض ، وأن ميراثهم جميعا لمن بقي من قرابتهم الوارثين أول بيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي . وذهب علي وعمر رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوي عنه وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون ، وصفة توارثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض ، أعني أنه لا يضم إلى مال المورث ما ورث من غيره ، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض ، مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم ، فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم ، وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون . ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعة وولد الزنى . فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعة يورث كما يورث غير ولد الملاعة ، وأنه ليس لأمه إلا الثلث والباقي لبيت المال ، إلا أن يكون له إخوة لأم ، فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها ، وإلا فالباقي لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام أولى من جماعة المسلمين . وأيضا على قياس من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال ، وذهب علي وعمر وابن مسعود إلى أن عصبة عصبته أمه أعني الذين يرثونها . وروى عن علي وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلونه عصبته عصبته أمه إلا مع فقد الأم وكانوا ينزاون الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة . وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى - فَإِنْ كُنْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِلْأُمِّهِ الثُّلُثُ - فقالوا : هذه أم وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث . وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه ألحق ولد الملاعة بأمه » وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعة لأمه ولورثته » وحديث واثلة بن الأسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال « المرأة تحوز ثلاثة أموال : عتيقها ، وتقيطها وتلدّها الذي لا عنت عليه » وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره . قال القاضي : هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد خصصت عموم الكتاب . والجمهور على أن السنة يخص بها الكتاب ، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان ، وهو مشهور في الصدر الأول ، واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار ، فإن هذا ليس يستنبط بالقياس ، والله أعلم .

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثاني ؛ فقال مالك وأبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ، ولا يثبت بقوله نسبه ؛ وقال الشافعي : لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئا . واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ المقر ، فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب ؛ وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده ، وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمن ترك ابنا واحدا فأقر بأخ له آخر ، أعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث ؛ وأما الشافعي فعنه في هذه المسئلة قولان : أحدهما أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث . والثاني يثبت النسب ويجب الميراث ، وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة ، وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب بإقراره وإن كان واحدا أخا أو غير ذلك . وعمدة الشافعية في المسئلة الأولى ؛ وفي أحد قوليّه في هذه المسئلة ؛ أعنى القول الغير المشهور أن النسب لا يثبت إلا بشاهدين عدل ، وحيث لا يثبت فلا ميراث ، لأن النسب أصل والميراث فرع ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع . وعمدة مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعدد إلى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه إلا بشاهدين عدلين ، وأما حظه من الميراث الذي بيد المقر بإقراره فيه عامل لأنه حق أقرب به على نفسه . والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريكه في الميراث حظه منه . وأما

عمدة الشافعية في إثباتهم النسب بإقرار الواحد الذي يجوز له الميراث فالسماع والقياس . أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت « كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذته سعد . ابن أبي وقاص وقال : ابن أخي قد كان عهد إلى فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فتساوقاه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد : يا رسول الله ابن أخي قد كان عهد إلى فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هو لك يا عبد بن زمعة ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة : احتججي منه ، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت : فما رأها حتى لقي الله عز وجل ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذا لم يكن هنالك وارث منازع له ، وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في إثبات النسب ، ولهم في ذلك تأويلات ، وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل ، ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات ، فقالت طائفة : إنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه ، لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس ، وأنها كانت فراشا له ، قالوا : ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها ، وهذا على القول بأن للقاضي أن يقضى بعلمه ، ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ، لأنه لا يقضى القاضي عنده بعلمه ، ويأبى بمذهب الشافعي على قوله الآخر ، أعني الذي لا يثبت فيه النسب . والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة احتياطا لشبهة الشبه ، لأن ذلك مكان واجب ، وقال لمكان هذا بعض الشافعية : إن للزوج أن يحجب الأخت عن أخيها ، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش . وافترق هؤلاء في تأويل قوله

عليه الصلاة والسلام « هو لك » فقالت طائفة : إنما أراد هو عبدك إذا كان ابن أمة أبيك ، وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وقال الطحاوي : إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام « هو لك يا عبد بن زمعة » أي يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة ، وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » . وأما المعنى الذي يعتمد عليه الشافعية في هذا المذهب ، فهو أن إقرار من يحوز الميراث هو إقرار خلافة : أي إقرار من حاز خلافة الميت ، وعند الغير أنه إقرار شهادة لإقرار خلافة ، يريد أن الإقرار الذي كان للميت انتقل إلى هذا الذي حاز ميراثه . واتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة ؛ وشذ قوم فقالوا : يلحق ولد الزنى في الإسلام ، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام . واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر ، إما من وقت العقد ، وإما من وقت الدخول ، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل ، أو إن كان قد فارقتها واعتزلها ؛ واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد ، فقال مالك : خمس سنين ؛ وقال بعض أصحابه : سبع ؛ وقال الشافعي : أربع سنين ؛ وقال الكوفيون : سنتان ؛ وقال محمد بن الحكم : سنة ؛ وقال داود : ستة أشهر ، وهذه المسئلة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة . وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد ، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ، ولعله أن يكون مستحيلا . وذهب مالك والشافعي إلى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لسته أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول أنه لا يلحق به إلا إذا أتت به لسته أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول . وقال أبو حنيفة : هي فراش له ويلحقه الولد . وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بامكان الوطء وهو مع الدخول . وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في إلحاق الولد بالوطء الحلال ؛ واختلفوا من هذا الباب في إثبات النسب بالقافة ، وذلك

عند ما يبطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ، ويتصور أيضا الحكم باللقافة في اللقيط الذي يدعيه رجلان أو ثلاثة . والقافة عند العرب : هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس ، فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور والأوزاعي وأبي الحكم باللقافة ، الكوفيون وأكثر أهل العراق ، والحكم عند هؤلاء أنه إذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما ، وذلك إذا لم يكن لأحدهما فراش ، مثل أن يكون لقيطا ، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد ؛ وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم لابن الواحد أبوان فقط ؛ وقال محمد صاحب أبي حنيفة : يجوز أن يكون ابنا لثلاثة إن ادعوه ، وهذا كله تخليط وإبطال للمعقول والمنقول .

وعمة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب كان يلبط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم : أي بمن ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة ، فدعا قائفا فنظر إليه فقال القائف : لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني بخبرك ، فقالت : كان هذا لأحد الرجلين يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن حوظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها فأهريقته عليه دما ، ثم خلف هذا عليها : تعني الآخر ، فلا أدري أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : والأيهما شئت . قالوا : فقضاء عمر بمحض من الصحابة بالقافة ممن غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع . وهذا الحكم عند مالك إذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ، ويقال له : والأيهما شئت ، ولا يلحق واحد باثنين ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو ثور : يكون ابنا لهما إذا زعم القائف أنهما اشتركا فيه ؛ وعند مالك أنه ليس يكون ابنا للاثنتين . لقوله تعالى - يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى - واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت « دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تحسمعي ما قال مجزز المدبجي ليزيد وأسماء ورأى أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام ببعضها من بعض » قالوا : وهذا مروي عن

ابن عباس وعن أنس بن مالك ، ولا يخالف لهم من الصحابة . وأما الكوفيون فقالوا : الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » فإذا عدم الفراش أو اشتركا الفراش كان ذلك بينهما ، وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية ، فإنه ليس يلزم من قال : إنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع . وروى مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن علي ؛ وقال الشافعي : لا يقبل في القافة إلا رجلان . وعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما مثل قول الشافعي ، والثانية أنه يقبل قول قائف واحد . والقافة في المشهور عن مالك إنما يقضى بها في ملك اليمين فقط لافي النكاح ، وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي ؛ وقال أبو عمر بن عبد البر : في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ، رواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن زيد بن أرقم قال « كان علي باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه » وفي هذا القول إنفاذ الحكم بالقافة وإلحاق الولد بالقرعة . واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال : فقال قوم : لا يرث القاتل أصلا من قتله . وقال آخرون : يرث القاتل وهم الأقل . وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا : لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطأ إلا من الدية ، وهو قول مالك وأصحابه . وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بامر واجب أو بغير واجب ، مثل أن يكون من له إقامة الحدود ، وبالحملة بين أن يكون ممن يتهم أولاديتهم . وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي ، وذلك أن النظر المصلحي يقتضي أن لا يرث لئلا يتدفع الناس من الموارث إلى القتل واتباع الظاهر ، والتعبد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك ، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع . وما كان ربك نسيا . كما تقول الظاهرية . واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام ، فقال الجمهور :

إنما يعتبر في ذلك وقت الموت ، فإن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده . وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة : المعتبر في ذلك يوم القسم ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب . وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم « أَيْمَنَّا دَارَ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ فَتَهَيَّ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ ، وَأَيْمَنَّا دَارَ أَوْ أَرْضٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ وَلَمْ تُقَسَّمْ فَتَهَيَّ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ » فن اعتبر وقت القسمة حكماً للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ، ومن اعتبر وجوب القسمة حكماً في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام . وروى من حديث عطاء « أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم ، فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه ، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم . فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب : قال القاضي : ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب : إما بنسب ، أو صهر ، أو ولاء ، وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر ، فيجب أن نذكر ههنا الولاء ، ولمن يجب ، ومن يجب فيه ممن لا يجب ، وما أحكامه ؟ .

باب في الولاء

فأما من يجب له الولاء ، ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الأصول لهذا الباب .

(المسئلة الأولى) أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولاءه له وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث ، وأنه عصبه له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال . فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث بريرة « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » واختلفوا إذا أعتق عبد عن غيره ، فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق ،

وقال أبو حنيفة والشافعي : إن أعتمقه عن علم المعتق عنه ، فالولاء للمعتق عنه ، وإن أعتمقه عن غير علمه ، فالولاء للمباشر للمعتق . وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعق » وقوله عليه الصلاة والسلام « الولاءُ الحُصمةُ كالحُصمةِ النَّسَبِ » قالوا : فلما لم يجوز أن يلتحق نسب بالحر يغير إذنه ، فكذلك الولاء ، ومن طريق المعنى فلو أن عتقه حرية وقعت في ملك المعتق ، فوجب أن يكون الولاء له ، أصله إذا أعتمقه من نفسه . وعمدة مالك أنه إذا أعتمقه عنه فقد ملكه إياه ، فأشبهه الوكيل ، ولذلك اتفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لا للمباشر . وعند مالك أنه من قال لعبده : أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له ؟ فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة : لا ولاؤه له ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : له ولاؤه إذا والاه ، وذلك أن مذهبهم أن للرجل أن يؤلى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من ولائه إلى ولاء غيره . ما لم يعقل عنه ؛ وقال غيره : بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاؤه . فعمدة الطائفة الأولى قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعق » وإنما هذه هي التي يسمونها الحاصرة ، وكذلك الألف واللام هي عندهم للحصر ، ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره : أعني أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق فقط المباشر . وعمدة الحنفية في إثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى - وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيًّا مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ - وقوله تعالى - وَالَّذِينَ عَاقَدَتِ آمَانَتُكُمُ فَاتُّوهُمُ نَصِيبَهُمْ - . وحجة من قال : الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الداري قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يُسلم على يد مسلم ؟ فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماتيه » وقضى به عمر بن عبد العزيز . وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى - وَالَّذِينَ عَاقَدَتِ آمَانَتُكُم - منسوخة بآية المواريث ، وأن ذلك كان في صدر

الإسلام ، وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك إلا ولاء السائبة .

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء إذا قال السيد لعبده أنت سائبة ، فقال مالك : ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين إلا أن يريد به معنى العتق فقط ، فيكون ولاؤه له ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ، وبه قال أحمد وداود وأبو ثور ؛ وقالت طائفة : له أن يجعل ولاءه حيث شاء ، وإن لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين ، وبه قال الليث والأوزاعي ؛ وكان إبراهيم والشعبي يقولان : لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته ، وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها . وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصراني قبل أن يباع لمن يكون ؟ فقال مالك وأصحابه : ولاؤه للمسلمين ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد إليه ولاؤه ولا ميراثه ؛ وقال الجمهور : ولاؤه لسيدته ، فإن أسلم كان له ميراثه . وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب ، وأنه إذا أسلم الأب بعد إسلام الابن أنه يرثه ، فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى - وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا - فهو يقول : أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد ؛ وأما إذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عايه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه إذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود بالولاء له . ولذلك اتفقوا أنه إذا أعتق النصراني الذي عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع ، فإن أسلم المولى عاد إليه . وإن كانوا اختلفوا في الحربي يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان إلينا مسلمين ، فقال مالك : هو مولاه يرثه ؛ وقال أبو حنيفة : لا ولاء بينهما ، وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف ؛ وخالف أشهب مالكا فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد إلى المولى ولاؤه أبدا ؛ وقال ابن القاسم : يعود ، وهو معنى قول مالك ، لأن مالكا يعتبر وقت العتق ، وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد ، فإنه ليس من دين النصارى أن يسرق

بعضهم بعضا ، ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من الملهم .

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس هن مدخل في وراثة الولاء إلا من بأشركن عتقه بأنفسهن أو ماجر إليهن من بأشركن عتقه ، إما بولاء أو بنسب ، مثل معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لا يرثن معتق من يرثه إلا ما حكى عن شريح . وعمدته أنه لما كان لها ولأ ما أعتقت بنفسها كان لها ولأ ما أعتقه مورثها قياسا على الرجل ، وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى ، وهو أرفع مراتب القياس ، وإنما الذي يوهنه الشذوذ . وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق ، وهذه النعمة إنما توجد فيمن بأشركن عتق ، أو كان من سبب قوى من أسبابه ، وهم العصابة : قال القاضي : وإذا قد تقرر من له ولأ ممن ليس له ولأ ، فبقي النظر في ترتيب أهل الولاء في الولاء . فن أشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء للكبر ، مثال ذلك : رجل أعتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنتين ، ثم مات أحد الأخوين وترك ابنا ، أو أحد الابنتين ، فقال الجمهور : في هذه المسئلة أن حظ الأخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه ، وهو راجع إلى أخيه لأنه أحق به من ابنه بخلاف الميراث ، لأن الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر العتق ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة : وقال شريح وطائفة من أهل البصرة : حق الأخ الميت في هذه المسئلة لبنيه . وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث . وعمدة الفريق الأول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر . ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بجر الولاء ، وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة ، فأعتقت الأمة ثم أعتق العبد بعد ذلك ، فإن العلماء اختلفوا لمن يكون ولأ البنين إذا أعتق الأب ، وذلك أنهم اتفقوا على أن ولأهم بعد عتق الأم إذا لم يمسه المولود الرق في بطن أمه ، وذلك يكون إذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب هو لموالى الأم . واختلفوا إذا أعتق الأب هل يجر ولأ بنيه لمواليه أم لا يجر ؟ فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم إلى أنه يجر ،

حبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان . وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة : لا يجر ولاءه . وروى عن عمر ، وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدث به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب ، وإن كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور . وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب ، وأنسب للأب دون الأم . وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابين لأمرهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها ، وهو الولاء . وذهب مالك إلى أن الجلد يجر ولاء حفدته إذا كان أبوهم عبدا ، إلا أن يعتق الأب ، وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكونديون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجلد إنما يثبت لمعتق الجلد على البنين من جهة الأب ، وإذا لم يكن للأب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد . وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كوته فوجب أن ينتقل الولاء إلى أبى الأب ، ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الأبناء أحق من الآباء ، وأنه لا ينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث ، لأن البنوة عندهم أقوى تعصيا من الأبوة ، والأب أضعف تعصيا ، والإخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجلد ، وعند الشافعى وأبى حنيفة الجلد أتمد منهم . وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيا وأيسر يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصيا ، فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا ، أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الأعلى ، وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب : أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه . وفى هذا الباب مسألة مشهورة وهى : إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء ؟ فقالت طائفة : لعصبتها لأنهم الذين يعقون عنها ، والولاء للعصبة ، وهو قول على ابن أبى طالب ، وقال قوم : لا بنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاء الأمصار ، وهو مخالف لأهل هذا الساف ، لأن ابن المرأة ليس من عصبتها .

تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب العتق

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ، ومن يلزمه ومن لا يلزمه : أعني بالشرع ، وفي ألفاظ العتق ، وفي الإيمان به ، وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه . ونحن فلانما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع . فأما من يصح عتقه ، فلأنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم . واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه : فأما من أحاط الدين بماله ، فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه ، فقال أكثر أهل المدينة : مالاك وغيره : لا يجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعي والليث ؛ وقال فقهاء العراق : وذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم ، وذلك عند من يرى التحجير منهم ، وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روى عنه في الرهن أنه يجوز ، وإن أحاط الدين بمال الرهن مالم يحجر عليه الحاكم . وعمدة من منع عتقه أن ماله في تلك الحال مستحق للغرماء ، فليس له أن يخرج منه شيئاً بغير عوض ، وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها ، وتحجير الحاكم ليس بملق وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه . وعمدة الفريق الثاني أنه قد انعقد الإجماع على أن له أن يطاء جاريته ويحبّلها ولا يرد شيئاً مما أنفق من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه ، وكذلك المجور ؛ ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ممتلكاته إلا مالكا وأكثر أصحابه ، فلأنهم أجازوا عتقه لأمر ولأيه . وأما المريض فالجمهور على أن عتقه إن صح وقع وإن مات كان من الثالث ؛ وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح . وعمدة الجمهور بحديث عمران ابن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له ، الحديث على ما تقدم . وأما من

بدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق ، وهذا متفق عليه في أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من مالك من يعتق عليه ومن مثل بعده . فأما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين : أحدهما من وقع تبعض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق : والثاني أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه . فأما العبد بين الرجاين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك ، فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل : إن كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل ، فلدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له ، وإن كان المعتق معسرا لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معسرا سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول ، وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين ، إلا أن ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلوا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر : وأما شريك المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق ؛ وقال أبو حنيفة : لشريك الموسر ثلاث خيارات : أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما ، وهذا لا خلاف فيه بينهم . والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته . والثالث أن يكاف العبد السعى في ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق . وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَعْتَقَ شَرِكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَدْلِ ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ وَإِلَّا فَتَقَدَّ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ » . وعمدة محمد وأبي يوسف صاحب أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ أَعْتَقَ شَقِصًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَخَلَّاهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْفُوقٍ عَلَيْهِ » وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ، ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذ به ، فما

وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في ازيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة ، وهو قوله « وإلا فقد عتق منه ما عتق » فهل هو من قوله عليه الصلاة والسلام ، أم من قول نافع « وإن في ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا . ومما وهن به المالكيون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شيء . وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق شرعى لا يجوز تبغيضه ، فإذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه ، وإذا كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخلى على الشريك وليس فيه ضرر على العبد ، وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا : لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان : نوع يقع بالاختيار ، وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله . ونوع يقع بغير اختيار ، وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرعية ملكه وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك . فالذى بالاختيار منه هو الكتابة . والذى هو داخلى بغير اختيار هو السعى . وأختلف مالك والشافعى في أحد قوليه إذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية ؟ أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق ؟ فقالت الشافعية : يعتق بالسراية . وقالت المالكية بالحكم ، واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر . واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « قوم عليه قيمة العدل » فقالوا : ما يجب تقويمه وإنما يجب بعد إتلافه فإذا بنفس العتق أتلف صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الإتلاف ، وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ، لأنه قد نفذ العتق وهذا بيّن . وقول أبي حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين ، وقد روى فيها خلاف شاذ ، فقليل عن ابن سيرين إنه جعل حصنة الشريك في بيت المال ؛ وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له في عبد أن العتق باطل ؛ وقال قوم : لا يقوم على المعسر الكل ، وينفذ العتق فيما أعتق ؛ وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه ، وسقط

العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر ، وهذا كله خلافت الأحاديث ، ولعلمهم لم تبلغهم الأحاديث . واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو إذا كان معسرا فأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر ، فقبل يقوم ، وقيل لا يقوم . واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد : أنه يعتق عليه الباقي إن كان موسرا إلا إذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه ، وهو أن يملكه بميراث - فقال قوم : يعتق عليه في حال اليسر - وقال قوم : لا يعتق عايه ؛ وقال قوم : في حال اليسر بالسعاية ؛ وقال قوم : لا . وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه ؛ فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي والثوري والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون : يعتق عليه كله ، وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي ، وهو قول طاوس وحامد . وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أخرى أن يجب ذلك عليه في ملكه . وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعوض للعتق هو الضرر الداخِل على شريكه ، فإذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر . فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق ، أعني أنه لا يقع فيه تبعض ، أو مضرة الشريك ؟ . واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده ، فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه الترمذي وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه « أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال : أليس الله شريك » وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور ، وصارت علمهم أولى ، لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة . فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس . وأما الإعتاق الذي يكون بالمثلة ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والليث والأوزاعي : من مثل بعبده أعتق عليه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يعتق عليه ؛ وشذ الأوزاعي فقال : من مثل بعبده غيره أعتق عليه والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد ، فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن

جده « أن زنباعا وجد غلاما له مع جارية ، فقطع ذكره وجدد أنفه ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما حملك على ما فعلت ؟ فقال : فعل كذا وكذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذهب فأنت حرّ وعمة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « من لطم مملوكه أو ضربته فكفّارته عتقه » قالوا : فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب إليه . ولهم من طريق المعنى أن الأصل في الشرع هو أنه لا يكره السيد على عتق عبده إلا ما خصصه الدليل . وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها ، فلم تبلغ من القوة أن يخص بها مثل هذه القاعدة . وأما هل يعتق على الإنسان أحد من قرابته ، وإن عتق فن يعتق ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة إلا داود وأصحابه ، فإنهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قربي ، والدين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده ؛ فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة : أحدها أصوله : وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم ، وبالحملة كل من كان له على الإنسان ولادة . والثاني فروعه ، وهم : الأبناء والبنات وولدهم ما سفلوا ، وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ، وبالحملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ، ذكر أو أنثى . والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الإخوة ، وسواء كانوا لأب وأم ، أو لأب فقط ، أو لأم فقط ؛ واقتصر من هذا العمود على القريب فقط ، فلم يوجب عتق بني الإخوة . وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل ، وخالفه في الإخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والحالة وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحرز ولد عن والده إلا أن يحمده مملوكا فبيشترية » فبيشترية خرج مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم ، فقال الجمهور :

يفهم من هذا أنه إذا اشتراه وجب عليه عتقه ، وأنه ليس يجب عليه شراؤه .
وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه
إذا اشتراه ، قالوا : لأن إضافة عتقه إليه دليل على صحة ملكه له ، ولو كان
ما قالوا صوابا ، لكان اللفظ إلا أن يشتره فيعتق عليه . وعمدة الحنفية ما رواه
قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ مَلَكَ
ذَا رَحِيمٍ مَحْرَمٍ فَهُوَ حُرٌّ » وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي ؛
وقاس مالك الإخوة على الأبناء والآباء ، ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد
الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء . وقد رامت المالكية أن
تحتج لمذهبها بأن البنوة صفة هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها لقوله
تعالى - وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا . إِنَّ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ
وَالْأَرْضِ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنِ عَبْدًا - وهذه العبودية هي معنى غير العبودية
التي يحتجون بها ، فإن هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة . والعبودية التي
بين المخاوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال
للعقل كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف . وإنما أراد الله تعالى
أن البنوة تساوي الأبوة في جنس الوجود أو في نوعه ، أعني أن الموجودين
الذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا ، حتى أنهما إما أن يكونا
من نوع واحد أو جنس واحد ، وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع
معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد ، بل التفاوت بينهما غاية التفاوت ،
فلم يصح أن يكون في الموجودات التي ههنا شيء نسبته إليه نسبة الأب
إلى الابن ، بل إن كان نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد كان أقرب
إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب لأن التباعد الذي بين السيد والعبد
في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن ، وعلى الحقيقة فلا شبه بين
النسبتين ؛ لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة ،
أعني تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها ، أعني نسبة العبد
للسيد ، ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز
أن يقول في الناس إنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى . فهذه جملة المسائل
المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بغير اختياره . وقد

اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسباع ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم ، فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة : إذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ، وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم . وخالف أشهب وأصبغ مالكا في العتق المبطل في المرض فقالا جميعا إنما القرعة في الوصية . وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المدبر . ولا خلاف في مذهب مالك أن المدبرين في كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث . وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل : إذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منه ثلثه . وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه . فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة ، وهو مذهب مالك والشافعي ؛ وقوم اعتبروا العدد . فعند مالك إذا كانوا ستة أعبد : مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر ، وذلك أيضا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثا ؛ وقال قوم : بل المعتبر العدد ، فإن كانوا ستة عتق منهم اثنان وإن كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث . فعنده أهل الحجاز مارواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أفرج بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة » خرجه البخاري ومسلم مسندا ، وأرسله مالك : وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الآحاد إذا خالفها الأصول الثابتة بالتواتر . وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما ، فلو كان له مال لنفذ بإجماع ، فإذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعلى السيد فيه ، وهذا الأصل ليس بيننا من قواعد الشرع في هذا الموضع ، وذلك أنه يمكن أن يقال له إنه إذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين ، وقد ألزم الشرع مبيع العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن ههنا أن يتم عليه جمع في أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد أفضت إلى هذا الأصل ، وهو تبعض العتق ، فلذلك كان الأولى أن

يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس . واختلفوا في مال العبد إذا أعتق لمن يكون ، فقالت طائفة : المال للسيد ؛ وقالت طائفة : ماله تبع له ، وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد وإسحق ، وبالثاني قال ابن عمر وعائشة ، الحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة . والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فَفَاءَهُ لَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ السَّيْدُ مَالَهُ » وأما ألفاظ العتق ، فإن منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار ؛ أما الألفاظ الصريحة ، فهو أن يقول : أنت حر ، أو أنت عتيق ، ماتصرف من هذه ، فهذه الألفاظ تلزم السيد بإجماع من العلماء . وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده : لاسييل لي عليك ، أو لاملك لي عليك ، فهذه ينوي فيها سيد العبد ، هل أراد به العتق أم لا ؟ عند الجمهور . ومما اختلفوا فيه في هذا الباب إذا قال السيد لعبده : يا بني ، أو لأمتي يا بنتي ، أو قال : يا أباي ، أو يا أمي ، فقال قوم وهم الجمهور : لا عتق يلزمه ؛ وقال أبو حنيفة : يعتق عليه ؛ وشذ زفر فقال : أو قال السيد لعبده : هذا ابني ، عتق عليه وإن كان العبد له عشرون سنة والسيد ثلاثون سنة ؛ ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت إلا حر ، فقال قوم : هو ثناء عليه وهم الأكثر ؛ وقال قوم : هو حر ، وهو قول الحسن البصري ؛ ومن هذا الباب من نادى عبداً من عبيده باسمه ، فاستجاب له عبد آخر ، فقال له : أنت حر ، وقال : إنما أردت الأول ، فقليل يعتقان عليه جميعاً ، وقيل ينوي : واتفق على أن من أعتق مائتي بطن أمته فهو حر دون الأم ؛ واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى مائتي بطنها ، فقالت طائفة : له استثناءه ؛ وقالت طائفة : هما حران ؛ واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة ، فقالت طائفة : لاستثناء فيه كالطلاق ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق ، أعني قول القائل لعبده : أنت حر إن شاء الله ؛ وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط المالك ، فقال مالك : يقع ؛ وقال الشافعي وغيره : لا يقع ، وحجتهم بوله عليه الصلاة والسلام : « لَا عِتْقَ فِيَّ إِلَّا بِمِلْكِ ابْنِ آدَمَ » وحجة

الفرقة الثانية تشبيههم إياه باليمين . وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق : وشروطه كشروطه ، وكذلك الأيمان فيه شبيهة بأيمان الطلاق . وأما أحكامه فكثيرة : منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للأُم ، وشذ قوم فقالوا : إلا أن يكون الأب عربيا . ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل ؛ فقال قوم : ليس له أن يطأها إن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب ، وبه قال مالك ؛ وقال قوم : له جميع ذلك ، وبه قال الأوزاعي والشافعي وانفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق . واختلفوا فيمن قال لعبده : إن بعثك فأنت حر ؛ فقال قوم : لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه ، قال : إن باعه يعتق عليه ، أعنى من مال البائع إذا باعه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفي هذا كفاية .

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الكتابة

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها : أما الأركان فثلاثة : العقد وشروطه وصفته ، والعاقدة ، والمعقود عليه وصفاتها . ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الأجناس :

القول في مسائل العقد

فن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة : هل هو واجب أو مندوب إليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : إنه مندوب ؛ وقال أهل الظاهر : هو واجب ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى - فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا - والأمر على الوجوب . وأما الجمهور فإنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على التنبؤ لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ، وأبضا فإنه لما لم يكن للعبد أن يحرى له على سيده ، بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض ، فأحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكة ، وذلك أن كسب العبد هو للسيد ،

وهذه المسئلة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه ، وهذا العقد بالحماة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد . فأركان هذا العقد الثمن والمثمن والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد . فأما الثمن ، فإنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوماً بالعلم الذي يشترط في البيوع . واختلفوا إذا كان في لفظه إيهاماً ، فقال أبو حنيفة ومالك : يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ؛ وقال الشافعي : لا يجوز حتى يصفه ؛ فمن اعتبر في هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ؛ ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جاز فيه الفرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ؛ ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبي والأجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه ، وفسخ الدين في الدين ، وضع وتعجل ؛ ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعاً : وعمدة من أجاز أنه ليس بين السيد وعبده ربا ، لأنه وماله له ، وإنما الكتابة سنة على حدتها . وأما الأجل فإنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة ، واختلفوا في هل تجوز حالة ، وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد ، وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة . وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه . فوضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده ؟ فقال الشافعي : هذا الكلام لغو ، وليس يلزم السيد شيء منه ؛ وقال متأخروا أصحاب مالك : قد لزم الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد : وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة ، إلا أنه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا ، فصح العقد وبطل الشرط . وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها ، وذلك أنه إذا لم يكن له مال حاضر أدى إلى عجزه ، وذلك ضد مقصود الكتابة : وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد . واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده : لقد كاتبتك على ألف درهم فإذا أديتها فأنت حرّ أنه إذا أداها جرح . واختلفوا إذا قال له : قد

كاتبك على ألف درهم وسكت هل يكون حراً دون أن يقول له : فإذا أديتها أنت حر ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : هو حر ، لأن اسم الكتابة لفظ شرعي ، فهو يتضمن جميع أحكامه ؛ وقال قوم : لا يكون حراً حتى يصرح بلفظ الأداء . واختلف في ذلك قول الشافعي . ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف دينار ، فاختلف المذهب في ذلك ؛ فقال مالك : يلزمه وهو حر ؛ وقال ابن القاسم : هو حر ولا يلزمه . وأما إن قال : أنت حر على أن عليك ألف دينار ، فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك : هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء ؛ وقيل العبد بالخيار ، فإن اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية وإلا بقي عبداً ؛ وقيل إن قبل كانت كتابة يعتق إذا أدى ، والقبولان لابن القاسم ؛ وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجوز عنده الكتابة المطلقة ، ويرد إلى أن كتابة مثله كالحال في النكاح ، وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعني كتابة مثله في الزمان والتمن ، ومن هنا قيل إنه تجوز عنده الكتابة الحالية . واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى - وَأَتَوْهُم مِّنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ - . وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ؛ ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين ؛ والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب ؟ والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب ؛ فقال بعضهم : ما ينطلق عليه اسم شيء ، وبعضهم حده . وأما المكاتب ففيه مسائل : إحداهما هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير إذن شريكه ؟ وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي ؟ وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق ؟ - فأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم ، فلأجازها أبو حنيفة ، ومنعها الشافعي إلا للبالغ ، وعن مالك القولان جميعاً . فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود . وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك هو القوة على السعي ، وذلك موجود في غير البالغ . وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ فإن

العلماء اختلفوا في ذلك ، ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا يعتق جميعهم ؟ فيه أيضا خلاف . فأما هل يجوز الجمع ؟ فإن الجمهور على جواز ذلك ، ومنعه قوم ، وهو أحد قولي الشافعي . وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض ؟ فإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال : فقالت طائفة : ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة ، أعنى حمالة بعضهم عن بعض ، وبه قال مالك وسفيان ؛ وقال آخرون : لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ؛ وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ، ويعتق كل واحد منهم إذا أدى قدر حصته . فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر ، لأن قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول . وعمدة من أجازته أن الغرر اليسير يستخف في الكتابة ، لأنه بين السيد وعبد ، والعبد وماله لسيده . وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد . وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الأجنييين ؛ فمن رأى أن حمالة الأجنييين في الكتابة لا تجوز قال : لا تجوز في هذا الموضع . وإنما منعوا حمالة الكتابة لأنه إذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه ، وهذا كأنه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض ، وإنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، إلا أن يقال أيضا إن الجمع يكون سببا لأن يخرج حرا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرا فهو كما يعود برق من يقدر على السعي ، كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي . وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الأجني مع الأجني في الحقوق التي تجوز فيها الحمالة فألزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضا لا يجبر حمالة الكتابة . وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكاتب نصيبه دون إذن صاحبه ، فقال بعضهم : ليس له ذلك والكتابة مفسوخة ، وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم ؛ وقالت طائفة : لا يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ؛ وفرقت فرقة : يجوز بإذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه ، وبالقول الأول

قال مالك ، وبالثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد ، وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وله قول آخر مثل قول مالك . وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لأدى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه ، وذلك لا يجوز إلا في تبعض العتق ؛ ومن رأى أن له أن يكتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه إذا أدى الكتابة إذا كان موسرا ، فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا يوافقه عليه الخصم ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لا يوافقه عليه الخصم . وأما اشتراط الإذن فضعيف ، وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ، ويرجع بالباقي على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه ، وهذا فيه بعد عن الأصول . وأما هل تجوز مكاتبته من لا يقدر على السعي فلا خلاف فيما أعلم بينهم أن شرط المكاتب أن يكون قويا على السعي لقوله تعالى - إن علمتم فيهم خيرا - . قد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله - إن علمتم فيهم خيرا - فقال الشافعي : الاكتساب والأمانة ؛ وقال بعضهم : المال والأمانة ؛ وقال آخرون : الصلاح والدين ؛ وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال ، وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة « أنها كتبت أن تسأل الناس » وكره أن تكاتب الأمة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا ؛ وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق إلا أم الولد إذ ليس له عند مالك أن يستخدمها :

القول في المكاتب

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم . واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عنده أم لا ؟ وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ؛ ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له في التجارة ، لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق ؛ وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بماله ، إلا أن يجيز الغرماء ذلك إذا كان في ثمن

كتابته إن بيعت (١) مثل ثمن رقبته . وأما كتابة المريض ، فإنها عنده في الثلث توقف حتى يصبح فتعجز أ. يموت فتكون من الثلث كالعق سواء ، وقد قيل : إن حابي كان كذلك وإن لم يحاب سعى ، فإن أدى وهو في المرض عتق ، وتعجز عنه كتابة النصراني المسلم ، يباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالأركان ، أعني المكاتب والمكاتب والكتابة : وأما الأحكام فكثيرة ، وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز . ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق ، وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ، ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل ، وتميز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه . فلنبداً بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس من هذه الأجناس الخمسة .

الجنس الأول

فأما متى يخرج من الرق ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة ، واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض ، فقال الجمهور : هو عبد ما بقي من كتابته شيء ، وإنه يرق إذا عجز عن البعض . وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة : أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة . والثاني أنه يعتق منه بقدر ما أدى . والثالث أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر . والرابع إن أدى الثلث وإلا فهو عبد . وعمدة الجمهور ما أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أَيْمًا عَبْدٌ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ أُوقِيَّةٍ فَأَدَاهَا إِلَّا عَشْرَةَ أَوْاقٍ فَهُوَ عَبْدٌ » ، وأَيْمًا عَبْدٌ كَاتَبَ عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَاهَا إِلَّا عَشْرَةَ فَهُوَ عَبْدٌ . وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياه بالبيع ، فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده ، فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال ، كما لو أفلس من اشتراه منه إلى أجل وقد مات . وعمدة

(١) هكذا ببعض النسخ ، وفي بعضها إسقاط لفظ : إن بيعت . أه مصححه

من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يُؤَدَّى الْمُكَاتَبُ بِقَدَرِ مَا أَدَّى دِيَّةَ حُرٍّ وَبِقَدَرِ مَا رُقَّ مِنْهُ دِيَّةَ عَبْدٍ » خرجته النسيائي ، والخلاف فيه من قبل عكرمة ، كما أن الخلاف في أحاديث عمرو بن شعيب من قبل أنه روى من صحيفة ، وبهذا القول قال على ، أعنى بحديث ابن عباس . وروى عن عمر بن الخطاب أنه إذا أدى الشطر عتق . وكان ابن مسعود يقول : إذا أدى الثلث . وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظاهر أن التقدير إذا صدر منهم أنه محمول على أن في ذلك سنة بلغتهم . وفي المسئلة قول خامس : إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق ، وبقي عديما في باقي المال : وقد قيل إن أدى القيمة فهو غريم ، وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت . والأشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذي اعتمده فقهاء الأمصار ، وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لاشك فيها ، روى ذلك مالك في ووطئه . وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ، ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له إذا أفلس المشتري

الجنس الثاني

وأما متى يرق ، فإنهم اتفقوا على أنه إنما يرق إذا عجز إما عن البعض وإما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم . واختلفوا هل للعبد أن يعجز نفسه إذا شاء من غير سبب ، أم ليس له ذلك إلا بسبب ؟ فقال الشافعي : الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة ؛ وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابة عقد لازم من الطرفين : أي بين العبد والسيد . وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن العبد والسيد لا يخلو أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ، ثم إذا اختلفا فلما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد ، أو بالعكس ، أعنى أن يريد به السيد البقاء على الكتابة ، ويريد العبد التعجيز . فأما إذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين : أحدهما أن يكون دخل في الكتابة ولد . أو لا يكون ، فإن

(١) هكذا بالنسخ ، والمشهور من مذهب الشافعي عكس ما يقوله ، وربما دل له ما يأتي من الاستدلال . تأمل اه مصححه .

كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجير . وإن لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان : إحداهما أنه لا يجوز إذا كان له مال ، وبه قال أبو حنيفة ؛ والأخرى أنه يجوز له ذلك . فأما إن طلب العبد التعجير وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد إن كان معه مال أو كانت له قوة على السعى . وأما إن أراد السيد التعجير وأباه العبد ، فإنه لا يعجزه عنده إلا بحكم حاكم ، وذلك يعد أن يثبت السيد عند الحاكم أنه لا مال له ولا قدرة على الأداء :

ونرجع إلى عمدة أدلتهم في أصل الخلاف في المسئلة ، فعمدة الشافعي ما روى أن بريرة جاءت إلى عائشة تقول لها : « إني أريد أن تشتريني تعتقني ، فقالت لها : إن أراد أهلك ، فجاءت أهلها فباعوها وهي مكاتبه » خرجه البخاري . وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ، ولأن حكم العبد في هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السيد وذلك أن العقود من شأنها أن يكون للزوم فيها أو الخيار مستويا في الطرفين ، وأما أن يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخارج عن الأصول ، وعلاوا حديث بريرة بأن الذي باع أهلها كانت كتابتها لارقيتها . والحنفية تقول : لما كان المقلب في الكتابة حق العبد ، وجب أن يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله النكاح ، لأنه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة ، والمالكية تعترض هذا بأن تقول إنه عقد لازم فيما وقع به العوض ، إذ كان ليس له أن يسترجع المصدق .

الجنس الثالث

وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدي الكتابة ، فاتفقوا على أنه إذا مات دون واده قبل أن يؤدي من الكتابة شيئا أنه يرق . واختلفوا إذا مات عن ولد فقال مالك : حكم ولده كحكمه ، فإن ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا ، وإن لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا ، وإن لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا ، وأنه إن غفل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار ، وأنه ليس يرثه إلا ولده الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه إن كان له وارث

غير الولد الذي معه في الكتابة . وقال أبو حنيفة : إنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته . وقال الشافعي : لا يرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة ، وماله لسيده ، وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها ، وتسقط حصة الأب عنهم ، وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين . والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم : تعتبر القيمة ، وهو قول الشافعي ؛ وقيل بالثمن ؛ وقيل حصته على مقدار الرعوس . وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا في الكتابة ، لأن من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم . وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ، ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي . وعمدة الفريق الثاني أن الكتابة لا تضمن . وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطنه مثل قول الكوفيين . وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك أنه يموت مكاتبا ؛ وعند أبي حنيفة أنه يموت حرا ؛ وعند الشافعي أنه يموت عبدا . وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه . فعلمة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط ، وإذا مات المكاتب فليس حرا بعد ، لأن حرية إنما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد ، فقد بقي أنه مات عبدا لأنه لا يصح أن يعتق الميت . وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه ، لأنه ليس له أن يرق نفسه ، والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه إلى السيد . وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة ، فمن حيث لم يورث أولاده الأحرار منه جعل له حكم العبيد ، ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الأحرار ، والمسئلة في جلد الاجتهاد . ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدر على السعي وأرادت الأم أن تسعى عليهم ، فقال مالك : لها ذلك ؛ وقال الشافعي والكوفيون : ليس لها ذلك . وعمدتهم أن أم الولد إذا مات المكاتب مال من مال السيد ؛ وأما مالك فيرى أن حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة إليها وإلى بنينا . ولم يخالف قول مالك أن المكاتب

إذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعى ، وترك أم ولد لا تستطيع السعى أنها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة . وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن أنه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ، ويجوز عند أبى حنيفة والشافعى . واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين ووفاه كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟ فقال ابن القاسم : إذا كان معها ولد عتقت وإلا رقت ؛ وقال أشهب : تعتق على كل حال ؛ وعلى أصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى أداء ما عليه من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة ، أو كانوا ولدوا فى الكتابة ، وإنما عليهم السعى ؛ وعلى أصل أبى حنيفة يكون حراً ولا بد ؛ ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان .

الجنس الرابع

وهو النظر فيما يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل . واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لا يدخل فى كتابة المكاتب إلا بالشرط ، لأنه عبد آخر لسيده . وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له فى الكتابة فيها . واختلفوا فى أم الولد على ما تقدم . وكذلك اختلفوا فى دخول ماله أيضاً بمطلق العقد ؛ فقال مالك : يدخل ماله فى الكتابة ؛ وقال الشافعى وأبو حنيفة : لا يدخل ؛ وقال الأوزاعى : يدخل بالشرط ، أعنى إذا اشترطه المكاتب ، وهذه المسئلة مبنية على : هل يملك العبد أم لا يملك ، وعلى هل يتبعه ماله فى العتق أم لا ؟ وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر ، وما بقى من أحكام العبد فيه :

فنقول : إنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فإنه محجور عليه فى هذه الأمور وأشياءها ، أعنى أنه ليس له أن يخرج من يده شيئاً من غير عوض . واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها أنه إذا لم يعلم السيد بهيبته

أو بعثته إلا بعد أداء كتابته ، فقال مالك وجماعة من العلماء إن ذلك نافذ ومنعه بعضهم . وعمدة من منعه أن ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسدا . وعمدة من أجاز به أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد . وسبب اختلافهم هل إذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته ؟ فن قال من شرط الصحة لم يجزه وإن عتق ؛ ومن قال من شرط لزومه قال يجوز إذا عتق لأنه وقع عقدا صحيحا ، فلما ارتفع الإذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه إذا أذن السيد ، فإن الناس اختلفوا أيضا في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه إذا لم يأذن السيد ، فقال قوم : ذلك جائز ؛ وقال قوم : لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وبالجواز قال مالك ؛ وعن الشافعي في ذلك القولان جميعا . والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون ، فقال مالك : إن مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده ، وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له ؛ وقال قوم من هؤلاء : بل ولاؤه على كل حال لسيده . وعمدة من لم يجز عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه . وعمدة من رأى أن الولاء للسيد أن عبد عبده بمنزلة عبده ؛ ومن فرق بين ذلك فهو استحسن . ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن ينكح أو يسافر بغير إذن سيده ؟ فقال جمهورهم : ليس له أن ينكح إلا بإذن سيده ؛ وأباح بعضهم النكاح له . وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم ، وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ، ولم يجز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجاز ابن القاسم في السفر القريب . والعلة في منع النكاح أنه يخاف أن يكون ذلك ذريعة إلى عجزه . والعلة في جواز السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته . وبالحملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال : أحدها أن للمكاتب أن يسافر بإذن سيده وبغير إذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه أن لا يسافر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . والقول الثاني إنه ليس له أن يسافر إلا بإذن سيده ، وبه قال مالك . والثالث أن بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر إلا أن يشترط عليه سيده أن لا يسافر ، وبه قال أحمد والثوري وغيرهما . ومن هذا الباب اختلافهم

بقى هل للمكاتب أن يكتتب عبدا له ؟ فأجاز ذلك مالك مالم يُرد به المحاباة ،
وبه قال أبو حنيفة والثوري . وللشافعي قولان : أحدهما إثبات الكتابة ،
والآخر إبطالها . وعمدة الجماعة أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح
فأشبهه سائر العقود المباحة من البيع والشراء . وعمدة الشافعية أن الولاء لمن
أعتق ولا ولاء للمكاتب ، لأنه ليس بحر . وانفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع
شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء . واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتب ،
فصار الجمهور إلى منع ذلك ؛ وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من
التابعين ذلك جائزا إذا اشترطه عليها . وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرية فيه
إلى أجل آت فأشبهه النكاح إلى أجل . وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة :
وأجمعوا على أنها إن عجزت حل وطؤها . واختلف الذين منعوا ذلك إذا وطئها
هل عليه حد أم لا ؟ فقال جمهورهم : لا حد عليه لأنه وطء بشبهة ؛ وقال
بعضهم : عليه الحد : واختلفوا في إيجاب الصداق لها ، والعلماء قيا أعلم على
أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك
حما يختص به العبيد . ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه ؛ فقال الجمهور :
لا يباع المكاتب إلا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه ؛ وقال بعضهم :
بيعه جائز مالم يؤدي شيئا من كتابته ، لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها
شيئا ؛ وقال بعضهم : إذا رضى المكاتب بالبيع جاز ، وهو قول الشافعي ، لأن
الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد ، واحتج بحديث بريرة إذ بيعت
وهي مكاتب . وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد ، وقد
أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا ؟
وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ذلك ،
وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ، ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع
الدين ، ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر ؛ وكذلك شبه مالك الشفعة فيها
ببالشفعة في الدين ، وفي ذلك أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أعني في الشفعة
في الدين ؛ ومذهب مالك في بيع الكتابة أنها إن كانت يذهب أنها تجوز بعرض
معجل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدين بالدين . وإن كانت الكتابة
بعرض كان شراؤها يذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف ، وإذا أعتق

فولأؤه للمكاتب لالمشترى ؟ ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا ؟ .

وأما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد ، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة . ومنها شروط بحسب التراضى ، وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ، ومنها ما إذا تمسك به أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد ، ومنها شروط جائزة غير لازمة ، ومنها شروط لازمة ، وهذه كلها هي مبسطة في كتب الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وإنما هو كتاب أصول ، والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد . والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي إلى إخلال بالشروط المصحة للعقد ولا تلازمها ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها ، وإنما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيها هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها ، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ، ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط ، وهي الشروط التي إن تمسك بها المشترط فسد العقد ، وإن لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشرعية . فن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اشترط في الكتابة شرطا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا ؟ فقال مالك وجماعة : ذلك الشرط باطل ، ويعتق إذا أدى جميع المال ، وقالت طائفة : لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ، ويأتى بذلك الشرط وهو مروي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين . ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمة تلك السنين ، ولذلك القياس قول من قال : إن الشرط لازم . فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب .

وهنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب أخرى ، وذلك أنها إذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، وإذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ، ولذلك كان الأولى ذكرها في هذا الكتاب . فن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات السيد وورثته البنت ، فقال مالك والشافعي : ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءا منه ،

وملك يمين المرأة محرم عليها بإجماع ؛ وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، لأن الذي ورثت إنما هو مال في ذمة المكاتب لارقة المكاتب ، وهذه المسئلة هي أحق بكتاب النكاح . ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يخص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يخص الغرماء ؛ وقال شريح وابن أبي ليلى وجماعة : يضرب السيد مع الغرماء . وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دين يغترق ما بيده ، هل يتعدى ذلك إلى رقبته ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : لا سيبل لهم إلى رقبته ؛ وقال الثوري وأحمد : يأخذونه إلا أن يفتكه السيد . واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنائيات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده ، والقول في هل يخص سيده الغرماء أو لا يخص هو من كتاب التفتيس ، والقول في جنائته هو من باب الجنائيات . ومن مسائل الأقضية التي هي فروع في هذا الباب وأصل في باب الأقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة ؛ فقال مالك وأبو حنيفة : القول قول المكاتب ؛ وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف يتحالفان ويتفانان قياسا على المتبايعين ، وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ، ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريبة من المسموع ، فينبغي أن تثبت في هذا الموضع إذ كان القصد إنما هو إثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك أن قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرة : إنما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والختلف فيها ، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار ، فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجرى للمجتهد مجرى الأصول في المسكوت عنها في النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ، ويشبه أن يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل ، أعني أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الأمصار ، أعني في المسئلة الواحدة بعينها ، ويعلم حيث يخالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف ، وذلك

إذا نقل عنه في ذلك فتوى . فأما إذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الأصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه ، وبحسب الحق الذي يؤديه إليه اجتهاده ، ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعا لأصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة ، فإنه جابوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الأحكام والفتوى ، بيد أن في قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه ما يكفي في ذلك ، ولذلك رأينا أن أخص الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

[بداية المجتهد وكفاية المقتصد]

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب التدبير

والنظر في التدبير : في أركانه ، وفي أحكامه . أما الأركان فهي أربعة : المعنى ، واللفظ ، والمدير ، والمدير . وأما الأحكام فصنفان : أحكام العقد ، وأحكام المدير .

(الركن الأول) فنقول : أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو أن يقول السيد لعبده : أنت حر عن دبر مني ، أو يطلق فيقول : أنت مدير ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق . والناس في التدبير والوصية على صنفين : منهم من لم يفرق بينهما ، ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لإلزاما والوصية غير لازمة . والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية ؟ أم حكم التدبير ؟ أعني إذا قال : أنت حر بعد موتى ، فقال مالك : إذا قال وهو صحيح : أنت حر بعد موتى فالظاهر أنه وصية ، والقول قوله في ذلك ؛ ويجوز رجوعه فيها إلا أن يريد التدبير . وقال أبو حنيفة : الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ، ويقول

مالك قال ابن القاسم ، ويقول أنى حنيفة قال أشهب قال : إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية ، مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا ، وما أشبه ذلك من الأحوال التي جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم ، فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير ، وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير . وأما على مذهب من يفرق فهو إما من كنايات التدبير ، وإما ليس من كناياته ولا من صريحه ، وذلك أن ما يحمله على الوصية فليس هو عنده من كناياته ولا من صريحه ، ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فإنهم اتفقوا على أن الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه . واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره ، فقال مالك : يجوز ذلك ، وللذى لم يدبر حظه خياران : أحدهما أن يتقاوماه ، فإن اشتراه الذى دبره كان مدبرا كله ، وإن لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك ؛ وقال أبو حنيفة : للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات : إن شاء استمسك بحصته ، وإن شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التى له فيه وإن شاء قومها على شريكه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا استسعى العبد ؛ وقال الشافعى : يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ، ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو عليه ، فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على ما يفعل في سنة العتق ، لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة ، وهذه المسئلة هي من الأحكام لامن الأركان ، أعنى أحكام المدبر فلتثبت في الأحكام . وأما المدبر فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا ، وإن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله ، لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير . واختلفوا في تدبير السفیه . فهذه هي أركان هذا الباب . وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى أجناس خمسة : أحدها : بماذا يخرج المدبر ، هل من رأس المال أو الثالث ؟ . والثانى : ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقی فيه ، أعنى ما دام مدبرا . والثالث : ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه . والرابع : مبطلات للتدبير الطارئة عليه . والخامس : في أحكام تبغیض التدبير .

الجنس الأول

فأما لماذا يخرج المدبر إذا مات المدبر ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ؟ فذهب الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث ؛ وقالت طائفة : هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر ؛ فن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية ، لأنه حكم يقع بعد الموت . وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « المَدْبَرُ مِنْ الثُّلُثِ » إلا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث ، لأنه رواه على بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر ، وعلى بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث . ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرج به الإنسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة ، واختلف القائلون بأنه من الثلث في فروع ، وهو إذا دبر الزجل غلاما له في صحته ، وأعتق في مرضه الذي مات عنه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما ، فقال مالك : يقدم المدبر لأنه كان في الصحة ؛ وقال الشافعي : يقدم المعتق المبطل ، لأنه لا يجوز له رده ، ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير ، وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا .

وأما الجنس الثاني

فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر أن يبيع المدبر أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد أن يبيع مدبره ؛ وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور : له أن يرجع فيبيع مدبره ؛ وقال الأوزاعي : لا يباع إلا من رجل يريد عتقه . واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو إذا بيع فأعتقه المشتري ، فقال مالك : ينفذ العتق ؛ وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة أنه ممنوع عبادة . فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبرا » وربما شبهوه بالوصية . وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - لأنه عتق إلى أجل فأشبهه أم الولد أو أشبه العتق المطلق ، فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص ، أو العموم للخصوص . ولا بخلاف بينهم أن المدبر أحكامه

في حدوده وظلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد . واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة ، فجمهور العلماء على جواز وطئها ؛ وروى عن ابن شهاب منع ذلك ؛ وعن الأوزاعي كراهية ذلك إذا لم يكن وطئها قبل التدبير ، وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ؛ ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة إلى أجل ؛ ومنع وطء المعتقة إلى أجل شبهها بالمنكوحة إلى أجل ، وهي المتعة ، واتفقوا على أن للسيد في المدبر الخدمة ، وللسيده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد ؛ قال مالك : إلا أن يمرض مرضا يخوفه فيكره له ذلك .

الجنس الثالث

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه ، فإن من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بغد تدبير سيدها من نكاح أو زنى ، فقال الجمهور : ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعقها ويرقون برقها : وقال الشافعي في قوله المختار عند أصحابه إنهم لا يعتقون بعقها وأجمعوا على أنه إذا أعتقها سيدها في حياته أنهم يعتقون بعقها ؛ وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط : واحتج أيضا بإجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها ؛ والجمهور رأوا أن التدبير حرمة مآ ، فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة ، وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وقول الشافعي مروى عن عمر ابن عبد الله بن زرعطاء بن أبي رباح ومكحول ، وتحصيل مذهب مالك في هذا أن كل امرأة فولدها تبع لها ، وإن كانت حرة فحرة ، وإن كانت مكاتبه فكاتب وإن كانت مدبرة فدبر ، أو معتقة إلى أجل فعتق إلى أجل ، وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها ، وخالف في ذلك أهل الظاهر ، وكذلك المعتق بعبه عند مالك : وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية إلى الحرية إلا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربي . وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ، وإن حرا فحرا ، وإن عبدا فعبدا ، وإن مكاتبه فكاتبه . واختلفوا في المدبر إذا تخسر فولد له فقال مالك : حكمه حكم الأب : يعني أنه المدبر ؛ وقال

الشافعي وأبو حنيفة : ليس يتبعه ولده في التدبير ، وعمدة مالك الإجماع على أن الولد من ملك المين تابع للأب ما عدا المدبر ، وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الإجماع ، وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ، ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له أنه مال من ماله ، ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

الجنس الرابع

وأما النظر في تبعض التدبير فقد قلنا فيمن دبر له حظا في عبده دون أن يدبر شريكه ونقله إلى هذا الموضع أولا ، فليقل إليه . وأما من دبر جزءا من عبد هو له كله ، فإنه يقضى عليه بتدبير الكل ، قياسا على من بعث العتق عند مالك .

وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير ؛ فقال مالك والشافعي : الدين يبطله ؛ وقال أبو حنيفة : ليس يبطله ويسعى في الدين ، وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها . ومن هذا الباب اختلافهم في النصرة يدبر عبدا له نصرانيا ، فيُسلم العبد قبل موت سيده ، فقال الشافعي : يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره ؛ وقال مالك : يحال بينه وبين سيده ويخرج على سيده النصرة ، ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده ، فإن مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله ؛ وقال الكوفيون : إذا أسلم مدبر النصرة قوم وسعى العبد في قيمته ، ومدبر الضمة يقدم عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق الثلث عنهما .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب أمهات الأولاد

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا ؟ وإن كانت لا تباع متى تكون أم ولد ، وماذا تكون أم ولد ، وما يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ، ومتى تكون بحرة ؟ .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم ، فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لاتباع وأنها حرة من رأس مال سيدتها إذا مات . وروى مثل ذلك عن عثمان ، وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار ، وكان أبو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبوسعيد الخدري يجيزون بيع أم الولد ، وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار . وقال جابر وأبوسعيد : « كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا » واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ، ثم نهانا عمر عن بيعهن » ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الإجماع ، وذلك أنهم قالوا : لما انعقد الإجماع على أنها مملوكة قبل الولادة ، وجب أن تكون كذلك بعد الولادة إلى أن يدل الدليل على غير ذلك ، وقد تبين فى كتب الأصول قوة هذا الاستدلال ، وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس ، وإنما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس ، وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم ، وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى ، وذلك أنهم يقولون : أليس تعرفون أن الإجماع قد انعقد على منع بيعها فى حال حملها ، فإذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الإجماع بعد وضع الحمل ، إلا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا فى هذا الأصل نقضا ، وذلك أنهم لا يسمون منع بيعها حاملا : ومما اعتمده الجمهور فى هذا الباب من الأثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى مارية سريته لما ولدت إبراهيم « أعتقها ولدها » ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أئمتما امرأة ولدت من سبيها فلانها حرة » إذا مات « وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث ، حكى ذلك أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله ، وهو من أهل هذا الشأن ، وربما قالوا أيضا من طريق المعنى أنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها ، وحكو هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبيع فقال : خالطت لحومنا لحومهن ، ودمناؤنا دماؤهن . وأما متى تكون أم ولد ، فإنهم اتفقوا

على أنها تكون أم ولد إذا ملكها قبل حملها منه ، واختلفوا إذا ملكها وهي حامل منه أو بعد أن ولدت منه ، فقال مالك : لا تكون أم ولد إذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم يملكها وولدها ، وقال أبو حنيفة : تكون أم ولد ، واختلف قول مالك إذا ملكها وهي حامل ، والقياس أن تكون أم ولد في جميع الأحوال إذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « بُعِثْتُ لَأَتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ » وأما بماذا تكون أم ولد؟ فإن مالكا قال : كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو غلقة ؛ وقال الشافعي : لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط . واختلفهم راجع إلى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبقئ فيها من أحكام العبودية ، فإنهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة . وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها إلا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها إذا زنت رقت ، واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله إياها ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطء فقط ؛ وقال الشافعي : له ذلك وعمدة مالك أنه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك إجارتها ، إلا أنه يرى أن إجارة بنيتها من غيره جائزة ، لأن حرمتهم عنده أضعف . وعمدة الشافعي انعقاد الإجماع على أنه يجوز له وطؤها . فسبب الخلاف تردد إجارتها بين أصليين : أحدهما وطؤها . والثاني بيعها . فيجب أن يرجح أقوى الأصلين مذهبها . وأما ما متى تكون حرة ، فإنه لا خلاف بينهم أن آن ذلك الوقت هو إذا مات السيد ، ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث ، وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول : إن المدبر يعتق من الثلث .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجنایات

والجنایات التي لها حدود مشروعة أربع جنایات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحًا ، وجنایات على الفروج وهو المسمى زنى وسفاحا ، وجنایات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمي حراية

إذا كان بغير تأويل ، وإن كان بتأويل سمي بغيا مأخوذاً على وجه المغافضة من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصباً ؛ وجنایات على الأعراض ، وهو المسمى قذفاً ؛ وجنایات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكل والمشروب ، وهذه إنما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الحمر فقط ، وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه ، فلنبتدئ منها بالحدود التي في الدماء فنقول : إن الواجب في إتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال ، وهو الذي يسمى الدية ، فإذا نظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : النظر في القصاص ، والنظر في الدية . والنظر في القصاص ينقسم إلى القصاص في النفوس ، وإلى القصاص في الجوارح . والنظر أيضاً في الديات ينقسم إلى النظر في ديات النفوس ، وإلى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح . فينقسم أولاً هذا الكتاب إلى كتابين : أولهما يرسم عليه كتاب القصاص . والثاني يرسم عليه كتاب الديات .

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : الأول : النظر في القصاص في النفوس ؛ والثاني : النظر في القصاص في الجوارح ، فلنبداً من القصاص في النفوس .

كتاب القصاص في النفوس

والنظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : إلى النظر في الموجب ، أعني الموجب للقصاص . وإلى النظر في الواجب ، أعني القصاص وفي أبداله إن كان له بدل . فلنبداً أولاً بالنظر في الموجب ، والنظر في الموجب يرجع إلى النظر في صفة القتل والقاتل التي يجب بمجموعها والمقتول القصاص ، فإنه ليس أي قاتل اتفق يقتص منه ، ولا بأي قتل اتفق ، ولا من أي مقتول اتفق ، بل من قاتل محدود يقتل محدود ومقتول محدود ، إذ كان المطلوب في هذا الباب إنما هو العدل : فلنبداً من النظر في القاتل ، ثم في القتل ، ثم في المقتول .

القول في شروط القاتل

فنقول : إنهم اتفقوا على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا في المكره والمكره ، وبالحملة الأمر والمباشر ، فقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وجماعة : القتل على المباشر دون الأمر ، ويعاقب الأمر ؛ وقالت طائفة : يقتلان جميعاً ، وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للأمر على المأمور . وأما إذا كان للأمر سلطان على المأمور ، أعني المباشر ، فإنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يقتل الأمر دون المأمور ، ويعاقب المأمور ، وبه قال داود وأبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال قوم : يقتل المأمور دون الأمر ، وهو أحد قولي الشافعي : وقال قوم : يقتلان جميعاً ، وبه قال مالك : فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع ، لتكون المكره يشبه من لا اختيار له : ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار ، وذلك أن المكره يشبه من جهة المختار ، ويشبه من جهة المضطر المغلوب ، مثل الذي يسقط من غلو ، والذي تحمله الريح من موضع إلى موضع . ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الأمر بعدم المباشرة . ومن رأى قتل الأمر فقط شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق . ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة . وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنساناً فيأكله . وأما المشارك للقاتل عمداً في القتل ، فقد يكون القتل عمداً وخطأً ، وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف ، وسند كره العمد عند قتل الجماعة بالواحد : وأما إذا اشترك في القتل عامد وخطي أو مكلف وغير مكلف ، مثل عامد وصبي أو مجنون ، أو حر وعبد في قتل عبد هند من لا يقيد من الحر بالعبد ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي : على العامد القصاص ، وعلى الخطي والصبي نصف الدية ؛ إلا أن مالكاً يجعله على العاقلة ؛ والشافعي في ماله على ما يأتي ، وكذلك قالوا

في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً أن العبد يقتل ، وعلى الحر نصف القيمة ، وكذلك الحال في المسلم والذمي يقتلان جميعاً . وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص ، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية ، وعمدة الحنفية أن هذه شبهة ، فإن القتل لا يتبعض ويمكن أن تكون إفاته نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « ادْرءُوا الحُدُودَ بالشُّبُهَاتِ » وإذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية . وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه ، وفيه ضعف في القياس . وأما صفة الذي يجب به القصاص ، فاتفقوا على أنه العمد ، وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان : عمد ، وخطأ . واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا ؟ وهو الذي يسمونه شبه العمد ، فقال به جمهور فقهاء الأمصار . والمشهور عن مالك نفيه إلا في الابن مع أبيه ، وقد قيل أنه يتخرج عنه في ذلك رواية أخرى ، وبإثباته قال عمر ابن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة ، ولا يخالف لهم من الصحابة ، والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد ، وذلك راجع في الأغلب إلى الآلات التي يقع بها القتل ، وإلى الأحوال التي كان من أجلها الضرب ؛ فقال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من انقضب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله ؛ وقال الشافعي : شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل : أي ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل . والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً ، والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً ، وهو حسن . فعمدة من نفي شبه العمد أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد ، أعني بين أن يقصد القتل أو لا يقصده . وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر . فمن قصد ضرب آخر بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب ، أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف . ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا في حقنا لافي حق الأمر نفسه عند الله تعالى . أما شبه العمد فمن

جهة ما قصد ضربه . وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل . وقد روى حديث مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا إن قَتَلَ الخطأ شبه العمد ما كان بالسَّوْطِ والعَصَا والحَجَرِ دِيَتُهُ مُغْلَظَةٌ مائةٌ مِنَ الْإِبِلِ مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر ابن عبد البر ، وإن كان أبو داود وغيره قد خرجه ، فهذا النحو من القتل عند من لا يثبت به القصاص ، وعند من أثبتته يجب به الدية ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص . واختلف في الذي يكون عمدا على جهة اللعب ، أو على جهة الأدب لمن أبيع له الأدب . وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول ، فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل ، والذي به تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثة والواحد والكثير . واتفقوا على أن المقتول إذا كان مكافئا للقاتل في هذه الأربعة أنه يجب القصاص . واختلفوا في هذه الأربعة إذا لم تجتمع . أما الحر إذا قتل العبد عمدا ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور : لا يقتل الحر بالعبد . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه . وقال قوم : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل ، وبه قال النخعي . فن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل إن الخطاب المفهوم من قوله تعالى - كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الحرُّ بالحرِّ والعَبْدُ بالعَبْدِ - ومن قال : يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام « الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ ، وَيَسْعَى بِيَدِ مَسِيهِمْ أَدْنَاهُمْ وَهُمْ يَدٌ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ » . فسبب الخلاف معارضة العموم للدليل الخطاب ، ومن فرق بضعيف . ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر ، وكذلك الأنقص بالأعلى . ومن الحجة أيضا لمن قال : يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلَنَاهُ بِهِ » ومن طريق المعنى قالوا : لو لم يكن قتله محرما كقتل الحر ، وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر

وأما قتل المؤمن بالكافر الذمي ، فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : لا يقتل مؤمن بكافر ، ومن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجماعة . وقال قوم : يقتل به ، ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى . وقال مالك والليث : لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة ، وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبجه وبخاصة على ماله . فعمدة القريش الأول ما روى من حديث علي أنه سأل قيس بن عباد والأشتر هل عهد إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده إلى الناس قال : لا ، إلا ما في كتابي هذا ، وأخرج كتابا من قراب سيفه فإذا فيه « الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ وَيَسْبَعِي بِيَدِ مَسِيحِهِمْ أَدْنَاهُمْ وَهُمْ يَدُّ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ ، أَلَا لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ ، وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ ، مَنْ أَحْدَثَ حَدَثًا أَوْ آوَى مُخْدِثًا فَعَمَلَتْ يَدَايِهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ » أخرجه أبو داود . وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ » واحتجوا في ذلك بإجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربي الذي آمن . وأما أصحاب أبي حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال « قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أنا أحقُّ مَنْ وَفِّي بِعَهْدِهِ » ورووا ذلك عن عمر ، قالوا : وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لَا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ » أي أنه لا يريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد ، وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رواه من ذلك عن عمر . وأما من طريق القياس فإنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذمي ، قالوا : فإذا كانت حرمة ماله بحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه ، فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس : وأما قتل الجماعة بالواحد ، فإن بجمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم ، سواء كثرت الجماعة أو قلت ، وبه قال عمر حتى روى أنه قال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا . وقال داود وأهل الظاهر

لأبقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول ابن الزبير ، وبه قال الزهري ، وروى عن جابر . وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع أيد بيد ، أعني إذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد ، وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد ، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف فقالوا : تقتل الأنفس بالنفس ، ولا يقطع بالطرف إلا طرف واحد ، وسيأتي هذا في باب القصاص من الأعضاء . فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة ، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى - وَكَفَّكُمْ فِي الْقَصَاصِ حَيَاةً يَا أُولِي الْأَلْبَابِ - وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة ، لكن للمعترض أن يقول : إن هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد ، فأما إن قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن إتلاف النفس غالباً على الظن ، فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على إذهاب النفوس . وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى - وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ - وأما قتل الذكر بالأنثى ، فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف يحكى أنه لإجماع ، إلا ما حكى عن علي من الصحابة ، وعن عثمان البتي أنه إذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية : وحكى القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري ، أنه لا يقتل الذكر بالأنثى ، وحكاه الخطابي في معالم السنن ، وهو شاذ ، ولكن دليله قوى لقوله تعالى - وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى - وإن كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذي في قوله تعالى - وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ - لكن يدخله أن هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا ، وهي مسألة مختلف فيها ، أعني هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا ؟ والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة . واختلفوا من هذا الباب في الأب والابن ، فقال مالك : لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيندبجه ، فأما إن حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل ، وكذلك الحد عنده مع حفيده . وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري : لا يقاد الوالد بولده ولا الحد بحفيده إذا قتله بأي وجه كان من أوجه العمد ، وبه قال جمهور العلماء . وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال

« لا تُقامُ الجُدُودُ في المساجِدِ ولا يُقادُ بالوكْدِ الوالدُ » . وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رَووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فأصاب ساقه ، فسزى جرحه فمات ، فقدم سراقه بن جعشم على عمر ابن الخطاب فذكر ذلك له ، فقال له عمر : اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ، ثم قال : أين أخوال المقتول ، فقال : ها أناذا ، قال : خذها ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لَيْسَ لِقَاتِلِ شَيْءٍ » ، فإن مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محضا ، وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لإجماعهم أن من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للأب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له أن حمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ، ولم يتهمة إذ كان ليس بقتل غيلة ، وإنما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة ، إذ كانت النيات لا يطلع عليها إلا الله تعالى ، فمالك لم يهتم الأب حيث اتهم الأجنبي ، لقوة المحبة التي بين الأب والابن . والجمهور إنما علاوا هذه الجدة عن الأب لمكان حقه على الابن ، والذي يحىء على أصول أهل الظاهر أن يقاد ، فهذا هو القول في الموجب .

وأما القول في الموجب

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين : القصاص ، أو العفو إما على الدية ، وإما على غير الدية . واختلفوا هل الانتقال من القصاص إلى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه ، أم لا تثبت الدية إلا بتراضى الفريقين ، أعنى الولي والقاتل ، وأنه إذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم إلا القصاص مطلقا أو العفو ، فقال مالك : لا يجب للولى إلا أن يقتص أو يعفو عن غير دية . إلا أن يرضى بإعطاء الدية القاتل ، وهى رواية ابن القاسم عنه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجماعة . وقال الشافعي : وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء

المدينة من أصحاب مالك وغيره: ولى الدم بالخيار إن شاء اقتصر وإن شاء أخذ الدية ، رضى القاتل أو لم يرض ، وروى ذلك أشهب عن مالك ، إلا أن المشهور عنه هي الرواية الأولى . فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس ابن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كِتَابُ اللَّهِ الْقَصَاصُ » فلم يدلل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص . وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة الثابت « مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الدِّيَّةَ وَبَيْنَ أَنْ يَعْفُوَ » هما حديثان متفق على صحتهما ، لكن الأول ضعيف الدلالة في أنه ليس له إلا القصاص . والثاني نص في أن له الخيار والجمع بينهما يمكن إذا رفع داييل الخطاب من ذلك ، فإن كان الجمع واجبا وممكنا فالصير إلى الحديث الثاني واجب ؛ والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح ، وأيضا فإن الله عز وجل يقول - وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ - وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها ، أصله إذا وجد الطعام في خمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه ، أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ؟ ويلزم على هذه الرواية إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ، ولا سيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الإخوة . قال القاضي : وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جلدى رحمه الله ، فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة ، وهو أن لا ينتظر الصغير ، فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس ، فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطروا أن يضع في ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس ، والنظر في هذا الباب هو في قسمين : في العفو والقصاص . والنظر في العفو في شيئين : أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له ، وترتيب أهل الدم في ذلك ، وهل يكون له العفو على الدية أم لا ؟ وقد تكلمنا في : هل له العفو على الدية . وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم ، والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره : كل من يرث ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا إذا كان له بنون بالنون فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجببت الدية

واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو في القصاص . وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات ، فقال مالك : ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والإخوة في القصاص أو ضده ، ولا يعتبر قولهن مع الرجال ، وكذلك الأمر في الزوجة والزوج ، وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص وفي إسقاط حظه من الدية ، وفي الأخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء . وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية . وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هي للذكور دون الإناث . واختلف العلماء في المقتول عمدا إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء ؟ وكذلك في المقتول خطأ إذا عفا عن الدية ، فقال قوم : إذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضي ذلك ، ومن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعي ، وهذا أحد قولي الشافعي ؛ وقالت طائفة أخرى : لا يلزم عفوهم ، والأولياء القصاص أو العفو ، ومن قال به أبو ثور وداود ، وهو قول الشافعي بالعراق . وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولي في ثلاث : إما العفو ، وإما القصاص ، وإما الدية . وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم ينف . وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي إنما هو حق المقتول ، فناب فيه منابه وأقيم مقامه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته . وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى - فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ - أن المراد بالتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه . وإنما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله - فهو كفارة له - فقيل على القاتل لمن رأى له توبة ، وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياها . وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الأمصار : إن عفوهم من ذلك في ثلثه إلا أن يميزه الورثة ؛ وقال قوم : يجوز في جميع ماله ، ومن قال به طاوس والحسن . وعمدة الجمهور أنه واهب ماله له بعد موته فلم يميز إلا في الثلث ، أصله الوصية . وعمدة الفرقة الثانية أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال ، وهذه المسئلة هي أنخص بكتاب الديات . واختلف العلماء إذا عفا المجروح عن الجراحات ، فأت منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا ؟ فقال مالك : لهم

ذلك إلا أن يقول عفو عن الجراحات وعما تثول إليه ؛ وقال أبو يوسف
ومحمد إذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم ، والعفو عن الجراحات عفو
عن الدم ؛ وقال قوم : بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقا ،
وهؤلاء اختلفوا ، فمنهم من قال : تلزم الجراح الدية كلها ، واختاره المزني
من أقوال الشافعي ؛ ومنهم من قال : يلزم من الدية ما بقى منها بعد إسقاط
دية الجرح الذي عفا عنه ، وهو قول الثوري . وأما من يرى أنه لا يعفو عن
الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية ، لأنه إذا
كان عفو عن الدم لا يسقط حق الولي ، فأحرى أن لا يسقط عفو عن الجرح .
واختلفوا في القاتل عمدا يعنى عنه ، هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا ؟ فقال
مالك والليث : إنه يجلد مائة ويسجن سنة ، وبه قال أهل المدينة ، وروى ذلك
عن عمر ؛ وقالت طائفة : الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا يجب عليه ذلك ؛
وقال أبو ثور : إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى .
ولا عمدة للطائفة الأولى إلا أثر ضعيف . وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع
وأن التحديد في ذلك لا يكون إلا بتوقيف ، ولا توقيف ثابت في ذلك .

القول في القصاص

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ، ومن يكون ؟ ومتى يكون ؟
فأما صفة القصاص في النفس ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فمنهم من قال :
يقتص من القاتل على الصفة التي قتل ، فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ، ومن قتل
بضرب بحجر قتل بمثل ذلك ، وبه قال مالك والشافعي ، قالوا : إلا أن يطول
تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح . واختلف أصحاب مالك فيمن حرق
آخر ، هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل ؟ وكذلك فيمن
قتل بالسهم ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : بأي وجه قتله لم يقتل إلا بالسيف .
وعبدتهم ما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا قَتَادَ إِلَّا بِحَدِيدَةٍ » .
وعمدة الفريق الأول حديث أنس « أن يهوديا رضح رأس
امراة بحجر ، فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر ، أو قال : بين
حجرين » وقوله - كتب عليكم القصاص في القتل - والقصاص يقتضى المماثلة

وأما ممن يكون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولي الدم ، وقد قيل إنه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه ، وأما متى يتكون القصاص فبعد ثبوت موجباته ، والإعذار إلى القاتل في ذلك إن لم يكن مقرا . واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم ، وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمدا أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها . واختلفوا في القاتل بالسيف والجمهور على وجوب القصاص ؛ وقال بعض أهل الظاهر : لا يقتص منه من أجل أنه عليه الصلاة والسلام سُمِّ هو وأصحابه ، فلم يتعرض لمن سمه .
كمل كتاب القصاص في النفس .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الجراح

والجراح صنفان : منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو . ومنها ما فيه الدية أو العفو . ولنبدأ بما فيه القصاص ، والنظر أيضا هاهنا في شروط الجراح والجرح الذي به يحق القصاص والجروح ، وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص ، وفي بدله إن كان له بدل .

القول في الجراح

ويشترط في الجراح أن يكون مكافئا كما يشترط ذلك في القاتل ، وهو أن يكون بالغاعاقلا ، والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف ، وإن كان الخلاف في مقداره ، فأقصاه ثمانية عشر سنة ، وأقله خمسة عشر سنة ، وبه قال الشافعي ، ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحد اقتص منه إذا كان مما فيه القصاص : واختلفوا إذا قطعت جماعة عضوا واحدا ، فقال أهل الظاهر : لا تقطع يدا في يد ؛ وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة ؛ وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف ، فقالوا : لا تقطع أعضاء بعضو ، وتقتل أنفس بنفس ، وعندهم أن الأطراف تتبع بعض ، وإزهاق النفس لا يتبع بعض . واختلف في الإنبات ، فقال الشافعي : هو بلوغ بإطلاق . واختلف المذهب فيه في الحدود ، هل هو بلوغ

فيها أم لا؟ والأصل في هذا كله حديث بنى قريظة « أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي » كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة .

القول في المجروح

وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجرح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر . أما العبد والحر فإنهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس ؛ فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ، ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ؛ ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ، ولم يفرق بين الجرح والنفس ؛ ومنهم من فرق فقال : يقتص من الأعلى للأدنى في النفس والجرح ؛ ومنهم من قال : يقتص من النفس دون الجرح ، وعن مالك الروايتان . والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح ، فهذه هي حال العبد مع الأحرار . وأما خال العبد بعضهم مع بعض ، فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال : أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها ، وهو قول الشافعي وجماعة ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب ، وهو قول مالك . والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لافي النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم ، وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة . والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها ، وبه قال أبو حنيفة والثوري ، وروى ذلك عن ابن مسعود . وعمدة القريبي الأول قوله تعالى - والعبد بالعبد - . وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين « أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبداً لقوم أغنياء ، فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه » فهذا هو حكم النفس .

القول في الجرح

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد ، أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص ، والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح

المجروح أو لا يتلف ، فإن كان مما يتلف جراحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا . وأما إن جرحه على وجه اللعب أو اللعب بما لا يجرح به غالبا أو على وجه الأدب ، فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بما لا يقتل غالبا ، فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول إن القاتل بالثقل لا يقتل وهو شذوذ منه ، أعني بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية إن كان الجرح مما فيه الدية . وأما إن كان الجرح قد أتلّف جراحة من جوارح المجروح ، فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف ، وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف . أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا ، أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص . وأما إن ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقا عينه ، فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه ، وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك ، والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب مع ابنه ، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو في النفس لا في الجرح . وأما إن جرحه فأتلّف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان : أحدهما وجوب القصاص ، والثاني نفيه . وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قبل الدية مغلظة ، وقيل دية الخطأ ، أعني فيما فيه دية ، وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى - والجروح قصاص - وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس ، وإنما صاروا لهذا لما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة » فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف ، مثل كسر الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك . وقد اختلف قول مالك في المنقلة ، فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدية ، وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهب بعض النظر أو بعض السمع ، ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل

مثل أن يفقأ أعمى عين بصير : واختلفوا من هذا في الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا ، فقال الجمهور : إن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود ، واختلفوا إذا عفا عن القود ، فقال قوم : إن أحب فله الدية كاملة ألف دينار ، وهو مذهب مالك ، وقيل ليس له إلا نصف الدية ، وبه قال الشافعي ، وهو أيضا منقول عن مالك ، ويقول الشافعي قال ابن القاسم ، وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود أو ما اصطاحا عليه ؛ وقد قيل لا يستقيد من الأعور وعليه الدية كاملة ، روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان : وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلة عينين ، فمن فقأها في واحدة فكأنه اقتص من اثنين في واحدة ، وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه إذا ترك القود أن له دية كاملة ، ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ؛ ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرص لأصله ، فتأمل فإنه بين بنفسه والله أعلم : وأما هل المحروح مخير بين القصاص وأخذ الدية ، أم ليس له إلا القصاص فقط إلا أن يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل ، وكذلك أحد قولي مالك في الأعور يفقأ عين الصحيح : أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

وأما متى يستقاد من الجرح ؟ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح إلا بعد اندماله ، وعند الشافعي على الفور ؛ فالشافعي تمسك بالظاهر ، ومالك رأى أن يعتبر ما يدول إليه أمر الجرح مخافة أن يفضى إلى إتلاف النفس . واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص من ذلك الجرح ، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف وعبد لا شيء على المقتص ، وروى عن علي وعمر مثل ذلك ، وبه قال أحمد وأبو ثور ودادود ؛ وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة : إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية ؛ وقال بعضهم : هي في ماله . وقال عثمان البتي : يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها ، وهو قول ابن مسعود . فعلمة الفريق الأول إجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شيء على الذي قطع يده . وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ وجبت فيه الدية ؛ ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ، ويؤخر

ذلك بخافة أن يموت المقاد منه ؛ وقد قيل إن المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم ، فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن ، وينبغي أن نصير إلى حكم الخطأ في ذلك ، ونبتدئ بحكم الخطأ في النفس .

كتاب الديات في النفوس

والأصل في هذا الباب قوله تعالى - وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا - والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء ، وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية ، وأيضاً تختلف بحسب العمد إذا رضى بها إما الفريقان ، وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف . والنظر في الدية هو في موجبها ، أعنى في أى قتل يجب ، ثم في نوعها وفي قدرها ، وفي الوقت الذي يجب فيه ، وعلى من يجب . فأما في أى قتل يجب ، فإنهم اتفقوا على أنها يجب في قتل الخطأ وفي العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي ، وفي العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القتال ، مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ . ومنه ما اختلفوا فيه ، وقد تقدم صدر من ذلك ، وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضييع الراكب والسائق والقائد .

وأما قدرها ونوعها ، فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الإبل مائة من الإبل ، وهى في مذهب مالك ثلاث ديات : دية الخطأ ، ودية العمد إذا قبلت ، ودية شبه العمد . وهى عند مالك في الأشهر عنه مثل فعل المدبلى ببابه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط : مخففة ومغلظة . فالمخففة دية الخطأ ، والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضاً : دية الخطأ ، ودية شبه العمد ، وليس عنده دية في العمد ، وإنما الواجب عنده في العمد ما اصطلاحاً عليه وهو حال عليه غير مؤجل ، وهو معنى قول مالك المشهور ، لأنه إذا لم تلزمه الدية عنده إلا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية إلا ما روى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ، ودية العمد عنده أرباع : خمس وعشرون بنت

مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وهو قول ابن شهاب وربيعه ، والدية المغلظة عنده أثلاثا : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفه وهي الحوامل ، ولا تكون المغلظة عنده في المشهور إلا في مثل فعل المدبجى بابنه ؛ وعند الشافعى أنها تكون في شبه العمد أثلاثا أيضا ، وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت ؛ وقال أبو ثور : الدية في العمد إذا عفا ولى الدم أخماسا كدية الخطأ . واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ ، فقال مالك والشافعى : هي أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكرا ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو مروي عن ابن شهاب وربيعه ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، أغنى التخميس ، إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكرا ، وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا ؛ وروى عن سيدنا علي أنه جعلها أرباعا ، أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون . وإليه ذهب عمر بن عبد العزيز ، ولا حديث في ذلك مسند ، فدل على الإباحة . والله أعلم . كما قال أبو عمر بن عبد البر . وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة » واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روى عن حنيف ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال : وأحب إلى في ذلك الرواية عن علي ، لأنه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود . وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بنى لبون ذكور » قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لأعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا في الأصناف ؛ وقد روى أن دية الخطأ أربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري ، وهؤلاء جعلوها : خمسا وعشرين جذعة ، وخمسا وعشرين حقة ، وخمسا وعشرين بنات لبون ، وخمسا وعشرين بنات مخاض ، كما روى عن علي وخرجه

أبو داود ، وإنما صار الجمهور إلى تخميس دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بنتي مخاض ذكر ، وإن كان لم يتفقوا على بنتي المخاض لأنها لم تذكر في أسنان فيها ، وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربيع في شبه العمد إن ثبت هذا : النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ، ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه . فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الإبل على أهل الإبل . وأما أهل الذهب والورق فلم يمتثلوا ، واختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم ؛ فقال مالك : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ؛ وقال أهل العراق : على أهل الورق عشرة آلاف درهم ؛ وقال الشافعي بمصر : لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك . وعمدة مالك بتقويم عمر بن الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار ، وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم . وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم ، وإجماعهم على تقويم المثلقال بها في الزكاة . وأما الشافعي فيقول : إن الأصل في الدية إنما هو مائة بعير ، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب ، واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق ، لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق في زمانه ، والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديارات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين . قال : فكان ذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيبا فقال : إن الإبل قد غلت ، ففرضها عمر على أهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة أثنى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة ، وترك دية أهل اللمة لم يرفع فيها شيئا . واحتج بعض الناس لمالك لأنه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين ، لإجماعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ؛ ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل أو الذهب أو الورق : وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء

السبعة المدنيون : يوضع على أهل الشاة ألفا شاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة ، وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم ، وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الشاة ألفا شاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حلة » وماروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير . قال : فإن كان النسي أصابه من الأعراب فديته من الإبل لا يكلف الأعرابي الذهب ولا الورق ، فإن لم يجد الأعرابي مائة من الإبل فعدها من الشاة ألف شاة . ولأن أهل العراق أيضا روي عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصا . وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لحاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام ، وبالحيل على أهل الحيل ، وهذا لا يقول به أحد ، والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها ، وفي مقدارها ، وعلى من تجب ، وفيما تجب ، ومتى تجب ؟ . أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الأحرار المسلمين . وأما على من تجب ؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى - وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبي زمرة لولده « لَا يَجْنِي عَنِّيَّكَ وَلَا تَجْنِي عَنِّي » . وأما دية العمد فججمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا يخالف له من الصحابة أنه قال : لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا في عمد ، وججمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ ؛ وشذ الأزاعي فقال : من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية ، وكذلك عندهم في قطع الأعضاء : وروى عن عمر أن رجلا فقا عين نفسه خطأ ، ف قضى له عمر بديتها على عاقلته . واختلفوا في دية شبه العمد ، وفي الدية المغلظة على قولين : واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة إنه كله يحمل على العاقلة ؛ وقال الشافعي عمد الصبي في ماله : وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والخطي ؛

نحن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ؛ ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ، وكذلك اختلفوا إذا اشترك في القتل عامد وصبي ، والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون ؟ فقال الشافعي : على أصله في مال الصبي ؛ وقال مالك : على العاقلة ؛ وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما ، وأما متى تجب ؟ فلمهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين ، وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحوا على التأجيل . وأما من هم العاقلة ، فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الأب ، وهم العصابة دون أهل الديوان ، وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصابة ، إلا داود فإنه لم ير الموالى عصابة ، وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك ؛ وقال الشافعي : على الغني دينار وعلى الفقير نصف دينار ، وهي عند الشافعي مرتبة على القرابة بحسب قربهم ، فالأقرب من بنى أبيه ، ثم من بنى جده ، ثم من بنى بنى أبيه ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه : العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان . وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هناك ديوان ؛ وإنما كان الديوان في زمن عمر بن الخطاب . واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا حلف في الإسلام ، وأئمتنا حلف كان في الجاهلية فلا يزيد الإسلام إلا قوة » . وبالحملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء . واختلفوا في جناية من لا عصابة له ولا موالى وهم السائبة إذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا ؟ ، وإن كان فعلى من يكون ؟ فقال من لم يجعل لهم موالى : ليس على السائبة عقل ، وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى ، وهو داود وأصحابه . وقال : من جعل ولاءه لمن أعتقه عليه عقله ، وقال : من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ، ومن قال إن للسائبة أن يوالى من شاء جعل عقله لمن ولاءه ، وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف . والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه ، والمؤثر في نقصان الدية هي الأنوثة والكفر والعبودية : أما دية المرأة فلمهم اتفقوا على أنها على

النصف من دية الرجل في النفس فقط . واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ما سيأتى القول فيه في ديات الجروح والأعضاء : وأما دية أهل النعمة إذا قتلوا خطأ ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونسأؤهم على النصف من نسأئهم ، وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز ، وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين . والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم ، وبه قال الشافعى ، وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان ابن عفان ، وقال به جماعة من التابعين . والقول الثالث : أن ديتهم مثل دية المسلمين ، وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة ، وهو مروى عن ابن مسعود ، وقد روى عن عمرو عثمان ، وقال به جماعة من التابعين . فعمدة الفريق الأول ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « دِيَةُ الْكَافِرِ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ الْمُسْلِمِ » وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى - وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيَّنَّكُمْ وَبَيَّنَّكُمْ مِيثَاقَ فِدْيَةٍ مُسَلَّمَةٍ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ - . ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى قال : دية اليهودى والنصرانى وكل ذى مثل دية المسلم . قال : وكانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية ، فجعل فى بيت المال نصفها ، وأعطى أدل المقتول نصفها ، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية فى بيت المال ، قال الزهرى : فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل النعمة : وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمداً على من لا يرى القصاص فيه ، فقال قوم : عليه قيمته . بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر ، وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف ، وهو قول سعيد ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز . وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يتجاوز بقيمة العبد الدية ، وقالت طائفة من فقهاء الكوفة : فيه الدية ، ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً : وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص ، فوجب أن لا تزيد قيمته . على دية الحر . وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه

مكلف ناقص ، فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحدا بالنوع أصله الحد في الزنى والقذف والحر والطلاق ، ولو قيل فيه إنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاً له وجه : أعني في دية الخطأ ، لكن لم يقل به أحد : وعمدة مالك أنه مال قد أتلّف فوجب فيه القيمة ، أصله سائر الأموال : واختلاف في الواجب في العبد على من يجب ؟ فقال أبو حنيفة : هو على عاقلة القاتل ، وهو الأشهر عن الشافعي ؛ وقال مالك : هو على القاتل نفسه : وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض : وعمدة الشافعي قياسه على الحر .

ومما يدخل في هذا الباب من أنواع الخطأ دية الجنين ، وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضاً ، وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه . والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضروب الأجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب ، وعلى من يجب ، ولمن يجب ، وفي شروط الوجوب . فأما الأجنة فإنهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره « أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحتا جنينها » فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة » واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه ؛ إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال : دية الجنين خمسمائة درهم ؛ ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال : ستمائة درهم ؛ والذين لم يحدوا في ذلك حداً أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا : الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت ؛ وقال داود وأهل الظاهر : كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ، ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما أحسب : واختلفوا في الواجب في جنين الأمة وفي جنين الكتابية ؛ فذهب مالك والشافعي إلى أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكر أو أنثى يوم ينجى عليه ؛ وفرق قوم بين الذكر والأنثى ، فقال قوم : إن كان أنثى فيه عشر قيمة أمه ، وإن كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حياً ، وبه قال أبو حنيفة ، ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة إذا سقط حياً أن فيه قيمته ؛ وقال أبو يوسف : في جنين الأمة إذا سقط ميتاً منها ما نقص

من قيمة أمه . وأما جنين النمية ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الذي دية المسلم ، والشافعي على أصله في أن دية الذي ثلث دية المسلم ، ومالك على أصله في أن دية الذي نصف دية المسلم . وأما صفة الجنين الذي يجب فيه فلأنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب . واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا ، فقال الشافعي ومالك : لا شيء فيه ؛ وقال أشهب : فيه الغرة ، وبه قال الليث وربيعه والزهرى . واختلفوا من هذا الباب في فروع ، وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا أو ميتا . فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصباح أو البكاء ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء : كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحي ، وهو الأظهر . واختلفوا من هذا الباب في الحلقة التي توجب الغرة ، فقال مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقمة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة ؛ وقال الشافعي : لا شيء فيه حتى تستبين الحلقة . والأنجود أن يعتبر نفخ الروح فيه ، أعني أن يكون يجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من يجب ؟ فلأنهم اختلفوا في ذلك ؛ فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري : هي في مال الجاني ؛ وقال آخرون : هي على العاقلة ، ومن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة . وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجب على العاقلة . وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجه وولدها » . وأما مالك فشبهها بدية العمد إذا كان الضرب عمدا . وأما لمن يجب ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : هي لورثة الجنين ، وحكمها حكم الدية في أنها موروثة ؛ وقال ربيعة والليث : هي للأم خاصة ، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ، ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة ، فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة ؛ وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها . فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العبد والخطأ . وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد ،

والكفارة لا تجب عنده في العمد . وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ ، وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطأ المختلف فيه ، اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد ؛ فقال الجمهور : هم ضامنون لما أصابت الدابة ، واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل . وقال أهل الظاهر : لاضمان على أحد في جرح العجماء ، واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام « جرح العجماء جبار ، والسبتر جبار ، والمتعبد جبار » ، وفي الركاز الخمس » فحمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن بالدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا أنه إذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق ، فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ . واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها ، فقال مالك لأشئ فيه إن لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئا ينفها به على أن ترمح برجلها ؛ وقال الشافعي : يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى ، وسواء بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أنه استثنى الرحمة بالرجل أو بالذنب ، وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم « الرجل جبار » ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده . وأقوليل العلماء فيمن حفر بئرا فوق فيه إنسان متقاربة ؛ قال مالك : إن حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وإن تعدى في الحفر ضمن ؛ وقال الليث : إن حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن ، فمن ضمن عنده فهو من نوع الخطأ . وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة ، فقال بعضهم : إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن ، وإن لم يفعل ضمن ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : يضمن على كل حال ، وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه ، كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحا . واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما ؛ فقال مالك وأبو حنيفة

وجماعة : على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة ؛ وقال الشافعي وعثمان بن النخعي : على كل واحد منهما نصف دية صاحبه ، لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه ؛ وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية ، مثل أن يقطع الحشفة في الحلتان ، وما أشبه ذلك ، لأنه في معنى الجاني خطأ ؛ وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شيء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد ، وقد ورد في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ تَطَبَّبَ وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ الطَّبِّ فَتَهُوَ ضَامِنٌ » والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ، ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب . ولا خلاف بينهم أن الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة . واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة ؟ وفي قتل العبد خطأ ، فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى . والأحرى ؛ وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام ؛ فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى : لا تغلظ الدية فيهما ؛ وقال الشافعي : تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح . وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه يزداد فيها مثل ثلثها ، وروى ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم . وعمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيت الديات ، فمن ادعى في ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما . وعمدة الشافعي أن ذلك مروي عن عمرو وعثمان وابن عباس ، وإذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب خمله على التوقيف ، ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع ، وللفريق الثاني أن يقول إنه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه يقضيان الصيود فيه .

كتاب الديات فيما دون النفس

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء ، فلتبدأ بالقول في الشجاج ، والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره للواجب ، وعلى من تجب ؟ ومتى تجب ؟ ولمن تجب ؟ فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء ، والشجاج عشرة في اللغة والفقه : أولها الدامية وهي التي تدعى الجلد ، ثم الخارصة وهي التي تشق الجلد ، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم : أي تشقه ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ، ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها : الملتطاء بالمد والقصر ، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم : أي تكشفه ، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ، ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ، ثم الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف ، وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن ، واسم الجرح يختص بما وقع في البدن ، فهذه أسماء هذه الشجاج : فأما أحكامها أعني الواجب فيها ، فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ : واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل ، وإنما فيها حكومة ، قال بعضهم : أجرة الطبيب ، إلا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق بتصف دية الموضحة ، وروى عن علي أنه قضى فيها بأربع من الإبل ، وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : في الدامية بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة ، والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا ؛ وذلك أن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حداً ، ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة أن تبرأ على يده ، والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة : فأما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها إذا كانت خطأ خمسا من الإبل ، وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في كتابه لعمر بن حزم ، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « في الموضحة خمس » ، يعني من الإبل ، واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا ، أعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها ، فقال مالك : لا تكون الموضحة إلا في جهة الرأس والجهة والجلدين واللحم الأعلى ، ولا تكون في اللحم الأسفل لأنه في حكم العنق ولا في الأنف ؛ وأما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس ؛ والجمهور على أنها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة في الجنب ؛ وقال الأوزاعي : إذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس . وروى عن عمر أنه قال : في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو . وغلظ بعض العلماء في موضحة الوجه تيراً على شين ، فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها ، وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، واضطرب قول مالك في ذلك ، فمرة قال بقول سليمان بن يسار ، ومرة قال : لا يزداد فيها على عقلها شيء ، وبه قال الجمهور ؛ وقد قيل عن مالك إنه قال : إذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ، ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته أن لو كان عبداً . وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، ولا يخالفه من الصحابة ؛ وقال بعض العلماء : الهاشمة هي المنقلة وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ ، فأما إذا كانت عمداً ، فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان بلحوف . وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة . وأما الهاشمة في العمد ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود . ومن أنجاز القود من المنقلة كان أخرى أن يميز ذلك من الهاشمة . وأما المأمومة فلا خلاف أنه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن ابن الزبير . وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وأنها لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية وأنها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن . واختلفوا إذا وقعت في غير ذلك من الأعضاء فنقلت إلى تجويفه ، فحكى مالك عن سعيد بن المسيب أن في كل جراحة نافذة إلى تجويف عضو من الأعضاء - أي عضو كان - ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب أنه كان لا يرى ذلك وهو الذي اختاره مالك

لأن القياس عنده في هذا لا يسوغ ، وإنما سنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف
وأما سعيد فإنه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة
الجسد : وأما الجراحات التي تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها إلا الحكومة .

القول في ديات الأعضاء

والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال محدود ، وهو الذي يسمى
دية ، وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن
في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم في العقول
« إن في النفس مائة من الإبل ، وفي الأنف إذا استوعب جثداً
مائة من الإبل ، وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة مثلها
وفي العين خمسون ، وفي اليد خمسون ، وفي الرجل خمسون ، وفي
كل أصبع مائة من الإبل ، وفي السن والوضحة
خمس » وكل هذا مجمع عليه إلا السن والإبهام ، لأنهم اختلفوا فيها على
ما سنده ، ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر هنا قياساً على ما ذكره فنقول :
إن العلماء أجمعوا على أن في الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على أن في كل
واحدة منهما نصف الدية ؛ وروى عن قوم من التابعين أن في السفلى ثلثي
الدية لأنها تحبس الطعام والشراب ، وبالجملة فإن حركتها والمنفعة بها أعظم
من حركة الشفة العليا ، وهو مذهب زيد بن ثابت . وبالجملة فجماعة العلماء
وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج من الإنسان الدية ما خلا الحاجبين
وئدي الرجل . واختلفوا في الأذنين متى تكون فيهما الدية ؟ فقال الشافعي
وأبو حنيفة والثوري والليث : إذا اضطلما كان فيهما الدية ، ولم يشترطا
إذ هاب السمع ، بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالجمهور
عنده أنه لا تجب في الأذنين الدية إلا إذا ذهب سمعهما ، فإن لم يذهب ففيه
حكومة . وروى عن أبي بكر أنه قضى في الأذنين بخمس عشرة من الإبل
وقال : لئنهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو للعمامة ؛ وروى عن عمر
وعلي وزيد أنهم قضوا في الأذن إذا اضطلمت نصف الدية ؛ وأما الجمهور

من العلماء فلا خلاف عندهم أن في ذهاب السمع الدية ٥ وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة ٥ وقال أبو حنيفة : فيهما الدية ، وكذلك في أشفار العين ٥ وليس عند مالك في ذلك إلا حكومة ٥ وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود أنه قال : في كل اثنين من الإنسان الدية وتشبيههما بما أجمعوا عليه من الأعضاء المثناة ٥ وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس وإنما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة ، وأيضا فإن الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل بين ، أعنى ضروريا في الحلقة ٥ وأما الأجفان فقليل في كل جفن منها ربع الدية ، وبه قال الشافعي والكوفي ، لأنه لا بقاء للعين دون الأجفان ، وفي الجفنين الأسفلين عند غيرهما الثلث وفي الأعلى الثلثان ٥ وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه أكثر من دية أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان ٥ وأما الأنثيان فأجمعوا أيضا على أن فيهما الدية ، وقال جميعهم : إن في كل واحدة منهما نصف الدية ، إلا ما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : في البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الوالد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية ، فهذه مسائل الأعضاء المزدوجة ٥ وأما المفردة فإن جمهورهم على أن في اللسان خطأ الدية ، وذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وذلك إذا قطع كله أو قطع منه ما يمنع الكلام ، فإن لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة ٥ واختلفوا في القصاص فيه عمدا ٥ فمنهم من لم ير فيه قصاصا وأوجب الدية ، وهم مالك والشافعي والكوفي ، لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني ، والكوفي ومالك على العاقلة ٥ وقال الليث وغيره : في اللسان عمدا القصاص ٥ وأما الأنف فأجمعوا على أنه إذا أوجب جدها على أن فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشحم أو لم يذهب ، وعنده أنه إذا ذهب أحدهما ففيه الدية ، وفي ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة ٥ وأجمعوا على أن في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة ٥ واختلفوا في ذكر العنين والخصي ، كما اختلفوا في لسان الأخرس وفي اليد الشلاء ٥ فمنهم من جعل فيها الدية ٥ ومنهم من جعل فيها حكومة ٥ ومنهم من قال : في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية ٥ والذي عليه الجمهور أن فيه حكومة ٥ وأقل ما تجب

فيه الدية عتد مالك قطع الحشفة ؛ ثم في باقي الذكر حكومة وأما عين الأعور فالعلماء فيه قولان أحدهما أن فيه الدية كاملة ، وإليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة ، وبه قال الليث ، وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروي عن جماعة من التابعين : وعمده الفريق الأول أن العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعا لغير الأعور . وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو ابن حزم : أعنى عموم قوله « وفي العين نصف الدية » ، وقياسا أيضا على إجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة إلا نصف الدية . فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ، ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب ببعض بصرها ما روى من ذلك عن علي رضي الله عنه أنه أمر بالذي أصيب ببصره بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها ، فخط عند أول ذلك خطا في الأرض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه في الأرض خطا ، ثم علم مما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه قدر ذلك من الدية . ويختبر صدقه بقي مسافة إدراك العين العليقة والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مرارا شتى في مواضع مختلفة ، فإن خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا أنه صادق . واختلف العلماء في الجزئية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها ؛ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيها حكومة ؛ وقال زيد بن ثابت : فيها عشر الدية مائة دينار ؛ وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويما لاتقويتا ؛ وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية ؛ وقال مالك : تتم دية السن بأسودادها ثم في قلعه بعد أسودادها حية ؛ واختلف العلماء في الأعور وفقا عين الصحيح عمدا ؛ فقال الجمهور ذاء العمود ، وإن عفا فله الدية ، قال قوم : كاملة ؛ وقال قوم :

نصفها ، وبه قال الشافعي وابن القاسم ، وبكلا القولين قال مالك ، وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحیح الذي فقت عينه إلا القود أو ما اصطالحوا عليه : وعمدة من رأى جميع الدية عليه إذا عفا عن القود أنه يجب عليه ذية ما ترك له وهي العين العوراء ، وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم . ومنهـب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الأعور إذا فقت وجب فيها ألف دينار ، لأنها في حقه في معنى العينين كليهما إلا العين الواحدة ، فإذا تركها له وجبت عليه ديتها : وعمدة أولئك البقاء على الأصل ؛ أعنى أن في العين الواحدة نصف الدية : وعمدة أبي حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة ، وهذه المسئلة قد ذكرت في باب القود في الجراح . وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى : مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم : إن في كل أصبع عشر من الإبل وإن الأصابع في ذلك سواء وإن في كل أنملة ثلث العشر إلا ماله من الأصابع أنملتان كالإبهام ؛ ففي أنملته خمس من الإبل ، وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل » وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الأصابع بعشر العشر » وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق ، فهي عند من يرى أنها اثنا عشر ألف درهم عشرها ، وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها : وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الأصابع ، فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الإبهام والتي تليها بعقل نصف الدية ، وفي الوسطى بعشر فرائض ، وفي التي تليها بتسع ، وفي الخنصر بست : وروى عن مجاهد أنه قال في الإبهام خمسة عشر من الإبل ، وفي التي تليها عشر ، وفي الوسطى عشر ، وفي التي تليها ثمان ، وفي الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ، ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة ، وروى عن بعض السلف فيها توقيت . وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل ، والضلع بجمل ، وفي الترقوة بجمل . وقال سعيد بن جبیر في الترقوة يعيران . وقال قتادة : أربعة أبعرة . وعمدة فقهاء الأمصار أن

ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيف فليس فيه إلا حكومة .
وجهور فقهاء الأمصار على أن في كل سن من أسنان الفم خمسا من الإبل ، وبه
قال ابن عباس . وروى مالك عن عمر أنه قضى في الضرر بجمل وذلك فيما لم
يكن منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الإبل .
وقال سعيد بن المسيب : في الأضراس بعيران . وروى عن عبد الملك بن مروان
أن مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال : أتجعل مقدم
الأسنان مثل الأضراس ؟ فقال ابن عباس : أو لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع
عقلها سواء ، غمدة الجمهور في مثل ذلك ما ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام
أنه قال « في السن خمس » وذلك من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده ، واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره ، وتشبيهها أيضا
بالأصابع التي استوت ديتها وإن اختلفت منافعها . وعمدة من خالف بينهما أن
الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من
صبار إلى ذلك من الصدر الأول إنما صار إليه عن توقيف ، وجميع هذه الأعضاء
التي تثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع وقلع ما قلع . واختلفوا
في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا ؟ فذهب مالك
وأصحابه إلى أن القود في كسر جميع العظام إلا الفخذ والصلب ، وقال الشافعي :
والليث : لا قصاص في عظم من العظام يكسر ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه
استثنى السن . وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم ، وكذلك عن
عمر . قال أبو عمر بن عبد البر : ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أفاد في السن
المكسورة من حديث أنس قال : وقد روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة
والسلام لم يقدر من العظم المقطوع في غير المفصل إلا أنه ليس بالقوى . وروى عن
مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أفاد من كسر الفخذ : وافقوا على أن
دية المرأة نصف دية الرجل في النفس . واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها ،
فقال جمهور فقهاء المدينة : تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والأعضاء
إلى أن تبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها إلى النصف
من دية الرجل ، أغنى دية أعضائها من أعضائه ، مثال ذلك أن في كل أصبع
من أصابعها عشرة من الإبل ، وفي اثنين منها عشرون ، وفي ثلاثة ثلاثون ،

هو في أربعة عشرون ، وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ، ورواه مالك عن سعيد بن المسيب و عن عروة بن الزبير ، وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز ؛ وقالت طائفة : بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلى الموضحة ، ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الأشهر من قول ابن مسعود ، وهو مروي عن عثمان ، وبه قال شريح وجماعة ؛ وقال قوم : بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره ، وهو قول علي رضي الله عنه ، وروى ذلك عن ابن مسعود ، إلا أن الأشهر عنه ما ذكرناه أولا ، وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري . وعمدة قائل هذا القول أن الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل . فواجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت ، إذ القياس في الديات لا يجوز ويخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس . ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه ، ولا اعتماد للطائفة الأولى إلا مراسيل ، وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبي عبد الرحمن كم في أربع من أصابعها ؟ قال عشرون ، قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها ، قال : أعراق أنت ؟ قلت بل عالم مثبت أو جاهل متعلم ، قال : هي السنة . وروى أيضا عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو ابن شعيب عن أبيه وعكرمة . وقد رأى قوم أن قول الصحابي إذا خالف القياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه لم يترك القول به إلا عن توقيف ، لكن في هذا ضعف إذ كان يمكن أن يترك القول به إما لأنه لا يرى القياس ، وإما لأنه عارضه في ذلك قياس ثان أو قلد في ذلك غيره . فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنائيات على أعضائها الذكور منها والإناث . وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ، ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من دية ، فيكون في موضحته نصف عشر قيمته ، وفي عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وهو قول عمر وعلي ، وقال مالك : يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه إلا موضحته ومنقلته ومأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من دية .

وعدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض . وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر
إذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه إذا تجاوزت الثلث
على العاقلة ، واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة :
إن العاقلة لا تحمل من ذلك إلا الثالث فما زاد ؛ وقال أبو حنيفة : تحمل من ذلك
العشر فما فوقه من الدية الكامة ؛ وقال الثوري وابن شبرمة : الموضحة فما زاد
على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية
الخطأ . وعمدة الشافعي هي أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ
فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ، ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك
معمول به ومشهور ، وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب القسامة

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجرى مجرى الأصول لفروع
هذا الباب : المسئلة الأولى : هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ؟ . الثانية ؛ إذا
قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى . المسئلة الثالثة :
هل يبدأ بالإيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم ، وكم عدد الخالفين من الأولياء ؟
المسئلة الرابعة : فيما يعد لوثاً يجب به أن يبدأ المدعون بالإيمان .

(المسئلة الأولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء
الأمصار : مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير
ذلك من فقهاء الأمصار ؛ وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة
وعمر بن عبد العزيز وابن علية : لا يجوز الحكم بها . عمدة الجمهور ما ثبت
عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على
صحته من أهل الحديث ، إلا أنهم يختلفون في ألفاظه على ما سيأتي بعد . وعمدة
الفريق النافي لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع . المجمع على
صحتها : فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً أو شاهداً
حسباً ، وإذا كان ذلك كذلك ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل

بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ، ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون في القسامة ؟ فأصيب القوم وقالوا : نقول إن القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء ، فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبتني للناس ، فقلت : يا أمير المؤمنين عندك أشرف العرب ورؤساء الأجناد ، أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا قلت : أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه ؟ قال : لا . وفي بعض الروايات : قلت فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدمت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلانا قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا . قالوا : ومنها أن من الأصول أن الإيمان ليس لها تأثير في إشاعة الدماء . ومنها أن من الأصول « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » ومن حججهم أنهم لم يروا في تلك الأحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وإنما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ، ولذلك قال لهم : أتخلفون خمسين يمينا : أعني لولاة الدم وهم الأنصار ؟ قالوا : كيف نخلف ولم نشاهد ؟ قال : فيخلف لكم اليهود ، قالوا : كيف تقبل إيمان قوم كفار ؟ قالوا : فلو كانت السنة أن يخلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة . قال : وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى : وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة ، وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء ، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إما يتخفى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء ، لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسارق ، وذلك أنه السارق تعسر الشهادة عليه ، وكذلك قاطع الطريق ، فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السائبين مع مخالفة ذلك للأصول ، وذلك أن المسلوبين مدعون على منلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ ؛ وقال الشافعي والثوري وجاعة : تستحق بها الدية فقط ؛ وقال بعض الكوفيين : لا يستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل في أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه ؛ وقال بعضهم : بل يخلف المدعى عليه ويغرم الدية ، فعلى هذا إنما يستحق منها دفع القود فقط ، فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال . فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنيفة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « تَحْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبَيْكُمْ » وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه : فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « أَتَحْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبَيْكُمْ أَوْ قَاتِلَيْكُمْ » . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط ، فهو أن الإيمان يوجد لما تأثير في استحقاق الأموال أعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين والشاهد ، ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك . وقيل فيه أيضا إنه لم يسمع من سهل . وحديث بشير ابن بشار قد اختلف في إسناده ، فأرسله مالك وأسنده غيره . قال القاضي : يشبه أن تكون هذه العلة هي السبب في أن لم يخرج البخاري هذين الحديثين ، واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا قود بالقسامة ، ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط ، فعمدتهم أن الأصل هو أن الإيمان على المدعى عليه ، والأحاديث التي تذكرها فيما بعد إن شاء الله

(المسئلة الثالثة) اختلف القائلون بالقسامة ، أعني الذين قالوا إنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالإيمان الخمسين على ما ورد في الآثار ؛ فقال الشافعي وأحمد وداود بن علي وغيرهم : يبدأ المدعون ؛ وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة : بل يبدأ المدعى عليهم بالإيمان . وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنيفة ومرسله عن بشير بن بشار . وعمدة من رأى التبتة بالمدعى عليهم ما أخرجه

البخارى عن سعيد بن عبيد الطائى عن بشير بن يسار أن رجلا من الأنصار يقال له سهل بن حثمة وفيه « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تَأْتُونَ بِالْبَيْئَةِ عَلَى مَن قَتَلْتَهُ » قالوا : ما لنا بيعة ، قال : فَتَحْلِفُونَ لَكُمْ ، قالوا : ما نرضى بأيمان يهود ، وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل همه ، فوداه بمائة بعير من إبل الصدقة « قال القاضى : وهذا نص فى أنه لا يستوجب بالإيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط : واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الأنصار « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لليهود وبدأ بهم : أَيْحَلِفُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا ؟ فأبوا ، فقال للأنصار : احْلِفُوا ، فقالوا : أنحلف على الغيب يا رسول الله ؟ فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود « لأنه وجد بين أظهرهم ، وهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك ، وهو حديث صحيح الإسناد ، لأنه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة ، وروى الكوفيون ذلك عن عمر ، أعنى أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية . وخرج مثله أيضا من تبدة اليهود بالإيمان عن رافع بن خديج ، واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك أن عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بني سعد وكان أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهنى فترى فيها فمات ، فقال عمر للذى ادعى عليهم : أنحلفون بالله خمسين يمينا ما مات منها ؟ فأبوا أن يحلفوا وتخرجوا ، فقال للمدعين : احلفوا ، فأبوا فقضى عليهم بشرط الدية . قالوا : وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدة المدعين بالإيمان ، لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه : قال أبو عمر : والأحاديث المتعارضة فى ذلك مشهورة .

(المسئلة الرابعة) وهى موجب القسامة عند القائلين بها ، أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لا تجب إلا بشبهة . واختلفوا فى الشبهة ما هى ؟ فقال الشافعى : إذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم

بالقسامة وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم ، وبين أولئك القوم ، وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود ، وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ، ووجد فيها القتيل من الأنصار ، قال : وكذلك لو وجد في ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مختضب بالدم ، وكذلك لو دخل على نفر في بيت فوجد بينهم قتيلًا وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام أن المدعى محق لقيام تلك الشبهة ؛ وقال مالك بنحو من هذا ، أعني إن القسامة لا تجب إلا ببلوث والشاهد الواحد عنده إذا كان عدلا لو ثبت باتفاق عند أصحابه ، واختلفوا إذا لم يكن عدلا . وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال الخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه إنسان بيده حديد ملصقة ، إلا أن مالكا يرى أن وجود القتيل في المحلة ليس لوثا ، وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتل وبين أهل المحلة ، وإذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث في وجوبها ، ولذلك لم يقل بها قوم ؛ وقال أبو حنيفة وصاحبه : إذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ؛ ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ، ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة ، وهو مروي عن عمر وعلى وابن مسعود ، وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال : القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد ، فادعى ولادة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا ، فإن هم حلفوا على العمد فالقود وإن حلفوا على الخطأ فالدية ، وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا ، وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك ؛ وقال داود : لا أقضي بالقسامة إلا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة ، فجعلوا قول المقتول فلان قتلني لوثا يوجب القسامة ، وكل قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبهة رأى تبدئة المدعين بالإيمان من رأى ذلك منهم ، فإن الشبهه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعى ، إذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه ، إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه ، وكأنه شبه ذلك

اليمين مع الشاهد في الأموال . وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام «لَوْ يُعْطَى النَّبَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لَادْعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» . وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس ، وخرجه مسلم في صحيحه ، وما احتج به المسالكية من قصة بقرة بنى إسرائيل فضعيف ، لأن الله لم يلق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة . واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد ؟ فقال مالك : لا تكون القسامة إلا على واحد ، وبه قال أحمد بن حنبل ؛ وقال أشهب : يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء ، وهو ضعيف ؛ وقال المغيرة الخزومي : كل من أقسم عليه قتل ؛ وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنسانا ضرب آخر وبقي المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب إنه مات من ذلك الضرب وقيد به ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا في القسامة في العبد ، فبعض أثبتها ، وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر ، وبعض نفىها تشبيها بالبيمة ، وبها قال مالك ، والدية عندهم فيها في مال القاتل ، ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ، ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ ؛ وإن نكل عنه أحد من ولادة الدم يطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل ، أعنى حظه منها . وقال الزهري : إن نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع ، وفروع هذا الباب كثيرة . قال القاضي : والقول في القسامة هو داخل فيما ثبت به الدماء ، وهو في الحقيقة جزء من كتاب الأقضية ، ولكن ذكرناه هنا على عادتهم ، وذلك أنه إذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية رأوا أن الأولى أن يذكر في ذلك الجنس . وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الأقضية ، وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعا كما فعل مالك في الموطأ ، فإنه ساق فيه الأقضية من كل كتاب .

« بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً »

كتاب في أحكام الزنى

والنظر في أصول هذا الكتاب في جد الزنا ، وفي أصناف الزناة ، وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم ، وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

الباب الأول في جد الزنى

فأما الزنى فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك بمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الإسلام ، وإن كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارثة ، وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها ، فمنها الأمة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد وإن ولدت ألحق الولد به وقويت عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر ؛ وقال أبو ثور : عليه الحد كاملاً إذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام « اذْرَوْا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ » والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم . وسبب الخلاف : هل ذلك الذي يغلب منها حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك ؟ فإن حكم ما ملك الحليّة ، وحكم ما لم يملك الحرمة . ومنها اختلفوا في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم ، فقال قوم : عليه الحد ؛ ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه . والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد ، والله أعلم . ومنها أن محل رجل لرجل وطء خادمه ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد ؛ وقال غيره : يعزر ؛ وقال بعض الناس : يل هيبة مقبوضة بالرقبة تابعة للفرج . ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته ، فقال الجمهور : لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ » ولقوله عليه الصلاة والسلام « لَا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ » وإجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ، ولذلك قالوا : تقوم عليهم نكاحاً أم لم تحمل لأنها قد حُرمت على ابنه فكانه استهلكها . ومن الحجة لهم أيضاً إجماعهم على

أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتل من أبيه ، وكذلك كل من كان الابن له وليا . ومنها الرجل يطأ بجارية زوجته ، اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال ، فقال مالك والجمهور : عليه الحد كاملا ؛ وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته إن كانت طاوخته ، وإن كانت استكرهها قومت عليه وهي حرة ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود ، والأول قول عمر ، ورواه مالك في الموطأ عنه . وقال قوم : عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيبا : وقال قوم : عليه التعزير . فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد . وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته أنه إن كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها ، وإن كانت طاوخته فهي له ، وعليه لسيدتها مثلها ، وأيضا فإن له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : تُشْكَحُ الْمَرْأَةُ لِثَلَاثٍ ، فذكر مالها . ويقوى هذا المعنى على أصلي من يرى أن المرأة مجور عليها من زوجها فيما فوق الثالث ، أوفى الثالث فما فوقه ، وهو مذهب مالك . ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة ، والجمهور على خلاف ذلك ، وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه ، وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها ، فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة . ومنها درء الحد عن امتنع اختلف فيه أيضا . وبالحملة فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرا الحد إلا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقربة مثل الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل .

الباب الثاني في أصناف الزناة وعقوباتهم

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون ثيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث . والحدود الإسلامية ثلاثة : رجم ، وجلد ، وتغريب . فأما الثيب الأحرار المحصنون ، فإن المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء فليهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة

أعنى قوله تعالى - الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي - الآية . واختلفوا في موضعين : أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ؟ والموضع الثاني في شروط الإحصان .

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يجلد على من وجب عليه الرجم ؛ وقال الحسن البصري وإسحاق وأحمد وداود : الزاني المحصن يجلد ثم يرمم . وعمدة الجمهور : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ، ورجم امرأة من جهينة ، ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزدي ، كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يروا أنه جلد واحدا منهم . ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوى في الحد الأكبر ، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم . وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى - الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ - فلم يخص محصن من غير محصن . واحتجوا أيضا بحديث علي رضي الله عنه ، أخرجه مسلم وغيره أن عليا رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدها بكتاب الله ، ورجمها بسنة رسوله : وحديث عباد بن الصامت ، وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « خُذُوا عَنِّي قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهْنًا سَبِيلًا الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدٌ مِائَةً وَتَغْرِيْبٌ عَامٌ ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدٌ مِائَةً وَالرَّجْمُ بِالْحِجَارَةِ » وأما الإحصان فلأنهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم . واختلفوا في شروطه فقال مالك : البلوغ والإسلام والحرية والوطء في عقد صحيح ، وحالة جائز فيها الوطء ، والوطء المحظور عنده هو الوطء في الحيض أو في الصيام ، فإذا زنى بعد الوطء الذي بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحدّه عنده الرجم ، ووافق أبو حنيفة مالك في هذه الشروط إلا في الوطء المحظور ؛ واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين ، أعنى أن يكون الزاني والزانية حريين ، ولم يشترط الإسلام الشافعي . وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه « أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودي اللذين زنيا » إذ رفع إليه أمرهما اليهود ، والله تعالى يقول - وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَبَيِّنَاتٍ بِالْقِسْطِ - . وعمدة مالك من

طريق المعنى أن الإحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الإسلام ، وهذا مبناه على أن الوطء في نكاح صحيح هو مندوب إليه ، فهذا هو حكم الثيب .
وأما الأبيكار فإن المسلمين أجمعوا على أن حد البكر في الزنى بجلد مائة لقوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - واختلفوا في التغريب مع الجلد ؛ فقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تغريب أصلا ؛ وقال الشافعي : لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر أكان أو أنثى ، حرا كان أو عبدا ؛ وقال مالك : يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعي ؛ ولا تغريب عند مالك على العبيد . فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكذلك ما خرج أهل الصحاح عن أبي هرير وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا « إن رجلا من الأعراب أتى النبي عليه الصلاة والسلام قال : يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم وهو أقره منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي أن أتكلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : قل ، قال : إن ابني كان عسيفا على هذا فزني بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني بجلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذي نفسي بيده لا أقضين بينكما بكتاب الله : أمّا الوليدة والغنم فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغديا أنيس على امرأة هكذا فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجمت » . ومن خصص المرأة من هذا العموم فإنما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغيرة لأكثر من الزنى ، وهذا من القياس المرسل ، أعني المصلحة الذي كثيرا ما يقول به مالك : وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب ، وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب بأخبار الآحاد . ورووا عن عمر وغيره أنه حد ولم يغرب . وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر أنهم غربوا . وأما حكم العبيد في هذه الفاحشة ، فإن العبيد صنفان : ذكور ، وإناث

أما الإناث فإن العلماء أجمعوا على أن الأمة إذا تزوجت وزنت أن حدها خمسون جلدة لقوله تعالى - فإذا أُوْحِصْنَ فَإِنَّهُنَّ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَسْنَ - نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ - واختلفوا إذا لم تزوج ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : حدها خمسون جلدة ؛ وقالت طائفة : لاحد عليها ، وإنما عليها تعزير فقط ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب ؛ وقال قوم ؛ لاحد على الأمة أصلا : والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الإحصان في قوله تعالى - فإذا أُوْحِصْنَ - فمن فهم من الإحصان الزوج وقال بدليل الخطاب قال : لا تجلد الغير المتزوجة ؛ ومن فهم من الإحصان الإسلام جعله عاما في المتزوجة وغيرها . واحتج من لم ير على غير المتزوجة حداً بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن ، فقال « إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ إِنْ زَنَتْ فَاجْلِدُوهَا ثُمَّ بَيِّعُوهَا وَأَتَوْا بِضَفَيفٍ » : وأما الذكور من العبيد ، فقهاء الأمصار على أن جلد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة ؛ وقال أهل الظاهر : بلل حده مائة جلدة مصيرا إلى عموم قوله تعالى - فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - ولم يخص حرا من عبد : ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الأمة وهو شاذ : وروى عن ابن عباس . فهذا هو القول في أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ، ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود ، وفي وقتها : فأما كيفية فن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم ، فقالت طائفة : يحفر له ، وروى ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها ، وبه قال أبو ثور ، وفيه « فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحرق الناس بها يرمونها ، فقال : ليس هكذا الرجم إني أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ، ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ، ثم قال : الرجم رجمان : رجم سر ورجم علانية ، فما كان منه بإقرار فأول من يرمي الإمام ثم الناس ؛ وما كان ببينة فأول من يرمي البينة ثم الإمام ثم الناس : وقال مالك وأبو حنيفة : لا يحفر للمرجوم ، وخير في ذلك الشافعي ؛ وقيل عنه : يحفر للمرأة فقط : وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر ، قال جابر : فرجناه بالمصلي ، فلما أذلقته

الحجارة فرّ ، فأدركناه بالحرة فرضخناه . وقد روى مسلم أنه حفر له في اليوم الرابع حفر . وبالحملة فالأحاديث في ذلك مختلفة . قال أحمد : أكثر الأحاديث على أن لا حفر ؛ وقال مالك : يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يضرب سائر الأعضاء ويتقى الفرج والوجه ؛ وزاد أبو حنيفة الرأس ؛ ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها ، وعند الشافعي وأبي حنيفة ماعدا القذف على ما سيأتي بعد ؛ ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال : إنه يقام لظاهر الآية ، ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وَأَشْهَدْ عِنْدَآبِهِمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ - .) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة ، فقال مالك : أربعة ، وقيل ثلاثة ، وقيل اثنان ، وقيل سبعة ، وقيل ما فوقها . وأما الوقت ، فإن الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ، ولا يقام على المريض ؛ وقال قوم : يقام ، وبه قال أحمد وإسحاق ، واحتجوا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض . وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد ، وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له قوات نفس الحدود ؛ فمن نظر إلى الأمر بإقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال : يحسد المريض ؛ ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال : لا يحسد المريض حتى يبرأ ، وكذلك الأمر في شدة الحر والبرد ؛

الباب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنى يثبت بالإقرار وبالشهادة . واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات إذا ادعين الاستكراه . وكذلك اختلفوا في شروط الإقرار وشروط الشهادة . فأما الإقرار فلم يمتنع فيه في موضعين : أحدهما عدد مرات الإقرار الذي يلزم به الحد . والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع عن الإقرار حتى يقام عليه الحد ؟ أما عدد الإقرار أثنى يجب به الحد ، فإن مالكا والشافعي يقولان : يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة ، وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى : لا يجب الحد إلا بأقارير أربعة مرة بعد مرة ،

جوابه. قال أحمد وإسحاق ، وزاد أبو حنيفة وأصحابه : في مجالس متفرقة . وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام « اغد يا أنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » فاعترفت فارجمها » ولم يذكر عددا . وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبيرة عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه رد ماءزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه » وفي غيره من الأحاديث قالوا : وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ، ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنى ثم رجع ، فقال جمهور العلماء بقبول رجوعه ، إلا ابن أبي ليلى وعثمان البتي ؛ وفصل مالك فقال : إن رجع إلى شبهة قبيل رجوعه : وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان : إحداهما يقبل وهي الرواية المشهورة : والثانية لا يقبل رجوعه ، وإنما صار الجمهور إلى تأثير الرجوع في الإقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما غزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ، ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التامد على الإقرار شرطا من شروط الحد . وقد روي من طريق « أن ما غزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه » فقال لهم : يردوني إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال : هَلَا تَرَ كُشْمُوهُ لَعَلَّاهُ يَتُوبُ فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ » ومن هنا تعلق الشافعي بأن التوبة تستقطب الحدود ، والجمهور على خلافه ، وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد . وأما ثبوت الزنى بالشهود فإن العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنى بالشهود ، وأن العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى - « ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ » - وأن من صفتهم أن يكونوا عدولا ، وأن من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها ، وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية ، وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لافي زمان ولا في مكان إلا ما حكى عن أبي حنيفة عن مسألة الزوايا المشهورة ، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي رآه فيه الآخر . وصيب الخلاف هل تلقى الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلقى كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ طاهم

أجمعوا على أنها لا تلفق ، والمكان أشبه شيء بالزمان . والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود ، وأما اختلافهم في إقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، فإن طائفة أوجبته فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر ، وبه قال مالك ، إلا أن تكون جاءت بأمانة على استكراهها ، مثل أن تكون بكراً فتأتى وهى تدمى ، أو تفصح نفسها بأثر الاستكراه ، وكذلك عنده الأمر إذا ادعت الزوجية إلا أن تقيم البينة على ذلك ، ما عدا الطارئة ، فإن ابن القاسم قال : إذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها ؛ وقال أبو حنيفة والشافعى : لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية ، وإن لم تأت في دعوى الاستكراه بأمانة ، ولا في دعوى الزوجية ببينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه . ومن الحججة لهم ما جاء في حديث شراحة أن علياً رضى الله عنه قال لها : استكرهت ؟ قالت : لا . قال : ففعل رجلاً أنك في نومك . قالوا : وروى الأثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة دعت أنها ثقيلة النوم وإن رجلاً طرقها ففضى عنها ولم تدر من هو بعد . ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لأحد عليها ، وإنما اختلفوا في وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟ فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية ؛ ومن قال إنه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه : وهذا الأصل كاف في هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب . (بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب القذف

والنظر في هذا الكتاب : في القذف ، والقاذف ، والمقذوف ، وفي العقوبة الواجبة فيه ، وبماذا تثبت . والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ - الآية : فأما القاذف فلأنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين : وهما البلوغ والعقل ، وسواء كان كان ذكراً أو أنثى ، حراً أو عبداً ، مسلماً أو غير مسلم . وأما المقذوف فاتفقوا

على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والإسلام ، وأن يكون معه آلة ازني ، فإن انخرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد ، والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقدوف ، ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ، ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطيق الوطء . وأما القذف الذي يجب به الحد ، فاتفقوا على وجهين : أحدهما أن يرى القاذف المقدوف بالزنى ، والثاني أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة . واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة ، فقال مالك : سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد . وقال إبراهيم النخعي : لا حد عليه إذا كانت أم المقدوف أمة أو كتابية ، وهو قياس قول الشافعي وأبي حنيفة . واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح وجب الحد ، واختلفوا إن كان بتعريض ، فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : لا حد في التعريض ، إلا أن أبا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير ، ومن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود ، وقال مالك وأصحابه : في التعريض الحد ، وهي مسألة وقعت في زمان عمر ، فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلّفوا فيها عايه ، فرأى عمر فيها الحد : وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة ، والاستعمال مقام النص الصريح ، وإن كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه أعني مقولا بالاستعارة . وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدبراً بالشبهات ، والحق أن الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص ، وقد تضعف في مواضع ، وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندري به الحد عن القاذف أن يثبت زنى المقدوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك إذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة ، وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل : والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفي في ذلك اثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف إذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد : وأما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه ، فإنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى - ثمانين جلدة - . واختلفوا في العبد يقذف الحر : كم حده ؟ فقال الجمهور من فقهاء

الأمصار حده نصف حد الحر ، وذلك أربعون جلدة ، وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة ، وعن ابن عباس : وقالت طائفة : حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار : أبو ثور والأوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر . فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنى . وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ربما أجمعوا أيضا أن حد الكتاني ثمانون ، فكان العبد أحرى بذلك . وأما التوقيت فإنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة ، فعليه حد واحد إذا لم يحد بواحد منها ، وأنه إن قذف فحد ثم قذفه ثانية حدًا ثانيًا واختلفوا إذا قذف جماعة ، فقالت طائفة : ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم : بل عليه لكل واحد حد ، وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حيي إنه قال : إن قال إنسان : من دخل هذه الدار فهو زان بجلد الحد لكل من دخلها ، وقالت طائفة إن جمعهم في كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة فحد واحد ، وإن قال لكل واحد منهم يا زاني فعليه لكل إنسان منهم حد . فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة إلا حدا واحدا حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فرفع ذلك إلى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك ، وذلك لاجتماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل . وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للأدمين ، وأنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد . وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس ، فإنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ، لأنه إذا اجتمع تعدد المقتدوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد . وأما سقوطه فإنهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف ، فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي : لا يصح العفو : أى لا يسقط الحد ، وقال الشافعي : يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الإمام أو لم يبلغ ، وقال قوم : إن بلغ الإمام لم يجز العفو ، وإن لم يبلغه جاز العفو . واختلف قول مالك في ذلك ، فمرة قال بقول الشافعي ، ومرة قال : يجوز إذا لم يبلغ الإمام ، وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقتدوف

الستر على نفسه ، وهو المشهور عنه . والسبب في اختلافهم هل هو حق لله ، أو حق للآدميين ، أو حق لكليهما ؟ فن قال حق لله لم يجز العفو كالزنى ؛ ومن قال قال حق للآدميين أجاز العفو ؛ ومن قال لكليهما وغلب حق الإمام إذا وصل إليه قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا يصل ، وقياسا على الأثر الوارد في السرقة . وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المقدوف إذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الإمام يقيمه في القذف . واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب . واختلفوا إذا تاب ؛ فقال مالك : تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أبداً . والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود إلى الجملة للمتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور ، وذلك في قوله تعالى - ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون - إلا الذين تابوا - فن قال يعود إلى أقرب مذكور قال : التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ؛ ومن رأى ن الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال : التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع : أى خارج عن الأصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد . وأما بماذا يثبت ؟ فإنهم اختلفوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين . واختلف في مذهب مالك : هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء ؟ وهل تلزم في الدعوى فيه يمين ؟ وإن نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى ؟ فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروع . قال القاضي : وإن أنسا الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا ، إذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة ، التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا في مذهب مالك ، لأن إحصاء جميع الروايات عندى شيء ينقطع العمر دونه .

باب في شرب الخمر

والكلام في هذه الجنابة : في الموجب ، والواجب ، وبماذا تثبت هذه الجنابة ؟ فأما الموجب ، فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها

واختلفوا في المسكرات من غيرها ؛ فقال أهل الحجاز : حكمها حكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا أو لم يسكر ؛ وقال أهل العراق : المحرم منها هو السكر ، وهو الذي يوجب الحد . وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والأشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة ، والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر ، وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر . واختلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة في وجوب الحد ، وأكثر هؤلاء على وجوبه ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب ؛ فقال الجمهور : الحد في ذلك ثمانون ؛ وقال الشافعي وأبو ثور وداود : الحد في ذلك أربعون ، هذا في حد الحر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه ؛ فقال الجمهور : هو على النصف من حد الحر ؛ وقال أهل الظاهر : حد الحر والعبد سواء ، وهو أربعون ؛ وعند الشافعي عشرون ؛ وعند من قال ثمانون أربعون . فعمدة الجمهور تشاور عمر والبصينة لما كثر في زمانه شرب الخمر ، وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد القرية ، فإنه كما قيل عنه رضى الله عنه « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هلى ، وإذا هلى افتري » وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حدا ، وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود ، وأن أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشرب الخمر ؟ فتدروه بأربعين . وروى عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنغلين أربعين » فجعل عمر مكان كل نعل سوطا . وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا ، وهو « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين » وروى هذا عن علي عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق أثبت ، وبه قال الشافعي . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه ، وكذلك الأمر في سائر الحدود واختلفوا في إقامة السادات الحدود على عبيدهم ، فقال مالك : يقيم السيد على عبده حد الزنى وحد القذف إذا شهد عنده الشهود ، ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ، ولا يقطع في السرقة إلا الإمام ، وبه قال الليث ، وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على

لعبيد إلا الإمام ؛ وقال الشافعي : يقيم السيد على عبده جميع الحدود ، وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور . فعمدة مالك الحديث المشهور « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها وآتوا بـضـفـير » وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا زنت أمة أحدكم فلدنيـجلـدـها » . وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث عنه أنه قال « أقيموا الحدود على ما مآكست أيمانكم » ولأنه أيضا مروي عن جماعة من الصحابة ولا يخالف لهم ، منهم ابن عمرو ابن مسعود وأنس . وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان . وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والىء والحكم إلى السلطان .

(فصل) وأما بماذا يثبت هذا الحد ، فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين . واختلفوا في ثبوته بالرائحة ، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز : يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ؛ ومخالفة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لا يثبت الحد بالرائحة : فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط . وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح ، والحد يدرك بالشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب السرقة

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة ، وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد ، وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد ، وفي العقوبة ، وفيما تثبت به هذه الجنابة : فأما السرقة ، فهي أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا لإياس بن معاوية ، فإنه أوجب في الخلسة القطع ، وذلك مروي عن النبي ، عليه الصلاة والسلام . وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا

ثم جمعه لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور « أنها كانت تستعير الحلي ، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جمودها » وبه قال أحمد وإسحاق والحديث حديث عائشة قالت « كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع ونجمه ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بقطع يدها ، فأتى أسامة أهلها فكلموه ، فكلّم أسامة النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : يا أسامة لا أراك تتكلم في حدة من حُدود الله ، ثم قام النبي عليه الصلاة والسلام خطيباً فقال : « إنما أهناك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت عنقها » وورد الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول ، وذلك أن المعار مأمون وأنه لم يأخذ بغير إذن فضلاً أن يأخذ من حرز ، قالوا : وفي الحديث حذف ، وهو أنها سرت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه » قالوا : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري بإسناده ، فقال فيه : إن المخزومية سرت ، قالوا : وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعاً الجحد والسرقة . وكذلك أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهراً للسلح على المسلمين مخيفاً للسبيل ، فحكمه حكم المحارب على ما صيأت في حد المحارب . وأما للسارق الذي يجب عليه حد السرقة ، فإنهم انفقوا على أن من شرطه أن يكون مكلفاً ، وسواء كان حراً أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، أو مسلماً ، أو ذمياً ، إلا ما روى في الصدر الأول من الخلاف في قطع يده العبد الآبق إذا سرق ، وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان وروان وعمر ابن عبد العزيز ، ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم ، فن رأى أن الإجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ، ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ، ولا عبرة لمن لم يراقط على العبد الآبق إلا تشبيهه سقط الحد عنه بسقوط شرطه ، أعني الحدود التي تشترط في حق العبد ، وهو تشبيهه ضعيف ، وأما المسروق فإن له شرائط مختلفاً فيها ، فن

أشهرها اشتراط النصاب ، وذلك أن الجمهور على اشتراطه ، إلا ما روى عن الحسن البصري أنه قال : القطع في قليل المسروق وكثيره ، لعموم قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية . وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرج به البخاري ومسلم عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : **لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ ، وَيَسْرِقُ الْحَبْلَ فَتُقَطَّعُ يَدُهُ** ، وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين . والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافا كثيرا ، إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند إلى أدلة ثابتة ، وهو قولان : أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم . والثاني قول فقهاء العراق . أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة ، وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة ، فقال مالك في المشهور : تقوم بالدراهم لابل ربع دينار ، أعنى إذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف ، مثل أن يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفا ، وقال الشافعي : الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار ، وهو الأصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم إلا أن تساوى ربع دينار . وأما مالك فالدنانير والدراهم عند كل واحد منهما معتبر بنفسه . وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض إلى الغالب في نقود أهل ذلك البلد ، فإن كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم ، وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار ، وأظن أن في المذهب من يقول إن الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم ، ويقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والأوزاعي وداود ، ويقول مالك المشهور قال أحمد : أعنى بالتقويم بالدراهم . وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه . وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة : لا يقطع اليد في أقل من خمسة دراهم ، وقد قيل في أربعة دراهم ، وقال عثمان البتي : في درهمين . فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع في جبن قيمته ثلاثة دراهم ، وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخاري ومسلم إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : **تُقَطَّعُ**

اليد في ربيع دينار فصاعداً . وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور ، قالوا : . ولكن قيمة الخن هو عشرة دراهم وروى ذلك في أجاديث . وقد خالف ابن عمر في قيمة الخن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في الخن كابن عباس وغيره . وقد روى محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء بن ابن عباس قال : . كان ثمن الخن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم : قالوا : وإذا وجد الخلاف في ثمن الخن وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين ، وهذا الذي قالوه هو كلام حسن أولاً حديث عائشة ، وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة وجعل الأصل هو الربع دينار . وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه ، وهو أنه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم ، والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن تصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهماً والقطع في ثلاثة دراهم لحفظ للأموال ، والقطع في عشرة دراهم أدخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو ، والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره ، فإن كان الجمع أولى من الترجيح فذهب الشافعي أولى المذاهب ، فهذا هو أحد الشروط المشتركة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع ، أعني نصاباً دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً ، وذلك بأن يخرجوا النصاب من الخرز معاً ، مثل أن يكون عدلاً أو صندوقاً يساوي النصاب ؛ فقال مالك : يقطعون جميعاً ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو نوز ؛ وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً ؛ فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق : أي أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ؛ ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال : لا تقطع أيدي كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة . واختلفوا متى يقدر المسروق ؛ فقال مالك : يو السرقة ؛ قال أبو حنيفة : يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الخرز ، وذلك أن

(١) هكذا هذه العبارة بجميع الأصول ، ولينظر ما معناها في مصححه .

جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع ، وإن كان قد اختلفوا فيها هو حرز مما ليس بحرز ، والأشبه أن يقال في حد الحرز إنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كي يعسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك ، وفي الفعل الذي إذا فعله السارق اتصف بالإخراج من الحرز على ما سذكروه بعد ؛ ومن ذهب إلى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم ؛ وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وإن سرقه من غير حرز . فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا قَطْعُ في ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ ولا في حَرِيَسَةٍ جَبَلٍ ، فإذا أَوَاهُ المُرَّاحُ أو الجَرِينُ فالقَطْعُ فيما بَلَغَ ثَمَنَ المِجَنَّةِ » ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب . وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - الآية . قالوا : فوجب أن تحمل الآية على عمومها ، إلا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك ، وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع فيه . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب : وقال أبو عمر بن عبد البر : أحاديث عمرو ابن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات : وأما الحرز عند الذين أوجبوه فلأنهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء ، مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز ، واختلفهم في الأوعية . ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يُخْرَجَ من الدار ، واختلفهم في الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز : تقطع يده إذا أخرج من البيت ؛ وقال أبو يوسف ومحمد : لا قطع عليه إلا إذا أخرج من الدار . ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش ، أبو ليس بحرز ؟ فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة : هو حرز ، وعلى النباش القطع ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ؛ وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، وكذلك قال سفيان الثوري ، وروى ذلك عن زيد بن ثابت : والحرز عند

مالك بالحملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه ،
 فرباط الدواب عنده أحرار ، وكذلك الأوعية ، وما على الإنسان من اللباس ،
 فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده . وإذا توسد النائم شيئا فهو له حرز
 على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد ، وما أخذه من المنتبه فهو
 اختلاس ، ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحللى أو غيره .
 إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ، ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده ،
 وكذلك من المساجد ، وقد قيل في المذهب إنه إن سرق منها ليلا قطع .
 وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز . واتفق القائلون بالحرز
 على أن كل من سُمي مخرجا للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان
 داخل الحرز أو خارجه . وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف ، مثل اختلاف
 المذهب إذا كان سارقان : أحدهما داخل البيت ، والآخر خارجه ، فقرب
 أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناوله الآخر ، فقيل القطع على
 الخارج المتناول له ؛ وقيل : لا قطع على واحد منهما ؛ وقيل القطع على المقرب
 للمتاع من الثقب . والخلاف في هذا كله آيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز
 عليه أو لانطلاقه . فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ،
 ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع ، وقد توقف
 مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج ؛ وقال ابن القاسم : يقطع .
 (فصل) وأما جنس المسروق ، فإن العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير
 ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه ، فإنه يجب في سرقة القطع ما عدا الأشياء
 الرطبة المأكولة ، والأشياء التي أصلها مباحة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب
 الجمهور إلى أن القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه ؛ وقال
 أبو حنيفة : لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والخطب والحشيش .
 فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط
 النصاب : وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه الصلاة
 والسلام « لا قطع في تمر ولا كُسْتَر » وذلك أن هذا الحديث روى هكذا
 مطلقا من غير زيادة : وعمدته أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي
 فيه لكل مالك ، وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه

القطع أن لا يكون للشارق فيه شبهة ملك . واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة ، وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع : في جنسه ، وقدره ، وشروطه ، ومتأتى هزم المسئلة فيما بعد . واختلفوا من هذا الباب ، أعنى من النظر في جنس المسروق في المصحف ، فقال مالك والشافعي : يقطع سارقه ؛ وقال أبو حنيفة : لا يقطع ، ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه ، أو أن لكل أحد فيه حقا إذ ليس بمال . واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور : يقطع . وأما إن كان كبيرا يفقه فقال مالك : يقطع ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع . واختلفوا في الحر الصغير ، فعند مالك أن سارقه يقطع ؛ ولا يقطع عند أبي حنيفة ، وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك : وانفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد . واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ منها ، فمنها العبد يسرق مال سيده ؛ فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع ؛ وقال أبو ثور : يقطع ولم يشترط شرطا ؛ وقال أهل الظاهر : يقطع إلا أن يأتى سيده . واشترط مالك في الخادم الذى يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه ؛ والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه . وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة . ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ؛ وقال الشافعي : الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روى عنه مثل قول مالك ، واختاره المزني . ومنها القربات ، فذهب مالك فيها أن لا يقطع الأب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » . ويقطع ما سواهم من القربات ؛ وقال الشافعي : لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل : يعنى الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء ؛ وقال أبو حنيفة : لا يقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق إلا ما خصصه الإجماع . ومنها اختلافهم فيمن سرق من الغنم أو من بيت المال ؛ فقال مالك : يقطع ؛ وقال عبد الملك من أصحابه : لا يقطع . فهذا هو القول في الأشياء التى يجب بها ما يجب في هذه الجناية .

القول في الواجب

وأما الواجب في هذه الحناية إذا وجدت بالصفات التي ذكرنا ، أعني الموجودة في السارق وفي المسروق وفي صفة السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هي جناية ، والغرم إذا لم يجب القطع . واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع ؟ فقال قوم : عليه الغرم مع القطع ، وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة ؛ وقال قوم : ليس عليه غرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ، ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ؛ وقرئ مالك وأصحابه فقال : إن كان موسرا أتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسرا لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم . فعمدة من جمع بين الأمرين أنه اجتمع في السرقة حقان : حق لله ، وحق للآدمي ، فاقتضى كل حق موجه ، وأيضا فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه لزم إذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة . وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يَغْرَمُ السَّارِقُ إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ » وهذا الحديث من عوف عند أهل الحديث . قال أبو عمر : لأنه عندهم مقطوع ، قال : وقد وصله بعضهم وخزجه النسائي . والكوفيون يقولون : إن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول ، ويقولون إن القطع هو بدل من الغرم ، ومن هنا يرون أنه إذا سرق شيئا مائة فقطع فيه ثم سرقه ثانيا أنه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس . وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكويع ، وهو الذي عليه الجمهور ؛ وقال قوم : الأصابع فقط . فأما إذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة ، فإنهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق : تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى ؛ وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين : تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ، ولا يقطع منه غير ذلك . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى ، هل يقف القطع إن سرق ثالثة أم لا ؟ فقال سفيان

وأبو حنيفة : يقف القطع في الرجل ، وإنما عليه في الثالثة الغرم فقط ؛ وقال مالك والشافعي : إن سرق ثلاثة قطعت يده اليسرى ، ثم إن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ، وكلا القولين مروى عن عمر وأبي بكر ، أعنى قول مالك وأبي حنيفة . فعمدة من لم ير إلا قطع اليد قوله تعالى - والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - ولم يذكر الأرجل إلا في المخاربين فقط . وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ، ثم الثانية فقطع رجله ، ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ، ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله » وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله ، وفيه « ثم أخذه الخامسة فقتله » إلا أنه منكر عند أهل الحديث ، ويرده قوله عليه للصلاة والسلام « هُنَّ فَوَاحِشٌ وَفِيهِنَّ عُقُوبَةٌ » ولم يذكر قتلا . وحديث ابن عباس « أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد » وعند مالك أنه يؤدب في الخامسة ، فإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت اليد شلاء ، فقبل في المذهب ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، وقبل إلى الرجل . واختلف في موضع القطع من القدم ، فقبل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق ، وقبل يدخل الكعبان في القطع ، وقبل لا يدخلان ، وقبل إنما تقطع من المفصل الذي في وسط القدم . واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك إلى الإمام لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تَعَاَفَوْا الْحُدُودَ بَيْنَكُمْ قَمَاتًا بَلَّغْنِي مِنْ حَدِّ فَقْدٍ وَجَنَبَ » وقوله عليه الصلاة والسلام « لَوْ كَانَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ مُحَمَّدٍ لَأَقْسَمْتُ عَلَيْهَا الْحَدَّ » وقوله لصفوان « هَلَا كَانَ ذَلِكَ قَبِيلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ ؟ » . واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه ، أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع ؛ فقال مالك والشافعي : عليه الحد ، لأنه قد رفع إلى الإمام ؛ وقال أبو حنيفة وطائفة : لا حد عليه . فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية أنه قيل له « إن من لم يهاجر هلك » فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة ، فنام في المسجد وتوسد رداءه

فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فهلا قبل أن تأتيني به .

القول فيما تثبت به السرقة

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين ، وعلى أنها تثبت بإقرار الجور . واختلفوا في إقرار العبد ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : لإقراره على نفسه موجب لحده ، وليس يوجب عليه غرما ، وقال زفر : لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه ، وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة ، وإن رجع عن الإقرار إلى شبهة قبل رجوعه . وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان ، هكذا حكى البغداديون عن المذهب ، وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض ، وإنما هو لائق بتفريع المذهب .

(بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحراية

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى - لِمَنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ - الآية . وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين . وقال بعض الناس : لأنها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الإبل ، فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم ، والصحيح أنها في المحاربين لقوله تعالى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - وليس عدم القدرة عليهم مشرطة في توبة الكفار فبقي أنها في المحاربين ، والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب : أحدها : النظر في الحراية . والثاني : النظر في المحارب . والثالث : فيما يجب على المحارب . والرابع : في مسقط الواجب عنه وهي التوبة . والخامس : بماذا تثبت هذه الجناية .

الباب الأول في النظر في الحراية

فأما الحراية ، فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلّفوا فيمن يحارب داخل المصر ، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء ؛ واشترط الشافعي الشوكة ، وإن كان لم يشترط العدد ، وإنما معني الشوكة عنده قوة المغالبة ، ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة إنما تتأتى بالبعد عن العمران ؛ وكذلك يقول الشافعي : إنه إذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة ، وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس ؛ وقال أبو حنيفة : لا تكون المخازبة في المصر .

الباب الثاني في النظر في المحارب

فأما المحارب : فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحراية ، وهو المسلم والذي .

الباب الثالث فيما يجب على المحارب

وأما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق لله وحق للأدمنين واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصلب وقطع الأيدي وقطع الأرجل من خلاف ، والنبي على ما نص الله تعالى في آية الحراية . واختلّفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب ؛ فقال مالك : إن قتل فلا بد من قتله ، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه . وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف . وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده غير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه . ومعني التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير ، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ، لأن القطع لا يرفع ضرره . وإن كان لا رأي له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف . وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي . وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها

عليه ، فلا يقتل من المحاربين إلا من قتل ، ولا يقطع إلا من أخذ المال ، ولا ينفي إلا من لم يأخذ المال ولا قتل ؛ وقال قوم : بل الإمام خير فيهم على الإطلاق ، وسواء قتل أو لم يقتل ، أخذ المال أو لم يأخذه . وسبب الخلاف هل حرف « أو » في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جنائياتهم ؟ ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير : واختلفوا في معنى قوله - أويصلبوا - فقال قوم : إنه يصلب حتى يموت جوعا ؛ وقال قوم : بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا ، وهؤلاء منهم من قال : يقتل أولا ثم يصلب ، وهو قول أشهب ، وقيل إنه يصلب حيا ثم يقتل في الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ؛ ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ؛ ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم : لا يصلب عليه تنكيلا له ، وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه ؛ وقال سحنون : إذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلى عليه . وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة ؟ فيه قولان عنه ؛ وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله - أوتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف - فعناه أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى . واختلف إذا لم تكن له اليمنى ؛ فقال ابن القاسم : تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ؛ وقال أشهب : تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى . واختلف أيضا في قوله أوينفوا من الأرض ، فقيل إن النفي هو السجن ، وقيل إن النفي هو أن ينفي من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته ، وهو قول ابن القاسم عن مالك ، ويكون بين البلدين قتل ما تقصر فيه الصلاة ، والقولان عن مالك ، وبالأول قال أبو حنيفة ؛ وقال ابن الماجشون : معنى النفي هو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم ، فلما أن ينفي بعد أن يقدر عليه فلا ؛ وقال الشافعي : أما النفي فغير مقصود ، ولكن إن هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع ، وقيل هي عقوبة مقصودة ، فقيل على هذا ينفي ويسجن دائما ، وكلها عن الشافعي ؛ وقيل معنى أوينفوا : أي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب . والذي يظهر هو أن النفي قهرهم عن وطنهم لقوله تعالى - وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنْ اقْتُلُوا

أَنْفُسَكُمْ أَوْ اخْرُجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ - الآية : فسوى بين النفي والقتل ،
وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل ، وكل ما يقال
فيه سوى هذا فليس معروفاً بالعادة ولا بالعرف .

الباب الرابع فى مسقط الواجب عنه من التوبة

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه ، فإن الأصل فيه قوله تعالى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - واختلف من ذلك فى أربعة مواضع :
أحدها : هل تقبل توبته ؟ . والثانى : إن قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل
توبته ؟ فإن لأهل العلم فى ذلك قولين : قول لأنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله
تعالى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ - وقول : إنه لا تقبل توبته ،
قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل فى المحاربين . وأما صفة للتوبة التى تسقط
الحكم فلإنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال : أحدها أن توبته تكون بوجهين :
أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ؛ والثانى أن يلتقى سلاحه ويأتى
الإمام طائفاً ، وهو مذهب ابن القاسم . والقول الثانى أن توبته إنما تكون بأن
يترك ما هو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لحيثائه ، وإن أتى الإمام قبل أن
تظهر توبته أقام عليه الحد ، وهذا هو قول ابن المناجشون . والقول الثالث
إن توبته إنما تكون بالمحجىء إلى الإمام ، وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه .
حكما من الأحكام إن أخذ قبل أن يأتى الإمام ، وتحصيل ذلك هو أن توبته
قبل إنما تكون بأن يأتى الإمام قبل أن يقدر عليه ، وقيل إنما تكون إذا
ظهرت توبته قبل القدرة فقط ، وقيل تكون بالأمرين جميعاً . وأما صفة المحارب
الذى تقبل توبته ، فلإنهم اختلفوا فيها أيضاً على ثلاثة أقوال : أحدها أن يلحق
بدار الحرب . والثانى أن يكون له فئة ، والثالث كيفما كانت له فئة أو لم تكن
لحق بدار الحرب أو لم يلحق . واختلف فى المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام
على أن ينزل ، فقيل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة ، وقيل : لا أمان له لأنه
إنما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة ، فاختلفوا فى ذلك على أربعة
أقوال : أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ، ويؤخذ بما سوى
ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين ، وهو قول مالك . والقول الثانى إن

التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنى والشراب والقطع في السرقة ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ، ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد يعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم . والقول الرابع إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

الباب الخامس بماذا ثبتت هذه الجناية

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالإقرار والشهادة ، ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم ؛ وقال الشافعي : تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم ما لا أخنوه ، وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

فصل في حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل ، فإن محاربهم الإمام ، فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة ، فإن مالكا قال : إن للإمام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين ، وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب ، فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعو إلى بدعته ، قيل يستتاب فإن تاب وإلا قتل ، وقيل يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل ، وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمآل . واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل : أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ، ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم . وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفروهم ، فحكمهم إذا تابوا أن لا يقيم عليهم حد الحرابة ، ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه . وإنما اختلفوا هل يقتل قضايا بمن قتل ؟ فقيل يقتل وهو قول عطاء وأصيب ؛ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لا يقتل ، وبه قال الجمهور ، لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بنية ، أصله قتال الصحابة . وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول .

باب في حكم المرتد

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب ، فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ » واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل ؟ فقال الجمهور : تقتل المرأة ؛ وقال أبو حنيفة : لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية ، والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك ؛ وشذَّ قوم فقالوا : تقتل وإن راجعت الإسلام وأما الاستتابة فإن مالكا شرط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر ؛ وقول قوم : لا تقبل توبته ، وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحرابة ولا يستتاب ، كانت حرابته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب ، إلا أن يسلم . وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ ، فإنه يختلف في حكمه ، فإن كانت حرابته في دار الحرب فهو عند مالك كالحرابي يسلم لاتباعه عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده . وأما إن كانت حرابته في دار الإسلام ، فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحرابة خاصة ، وحكمه فيما يجني حكم المرتد إذا جنى في رده في دار الإسلام ثم أسلم ؛ وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال : حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية ؛ وقال : حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم . وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر ؛ فقال مالك : يقتل كفرا ؛ وقال قوم : لا يقتل ، والأصل أن لا يقتل إلا مع الكفر .

« بسم الله الرحمن الرحيم ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما »

كتاب الأقضية

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب : أحدها : في معرفة من يجوز قضاؤه ، والثاني : في معرفة ما يقضى به ، والثالث في معرفة ما يقضى فيه . والرابع : في معرفة من يقضى عليه أو له . والخامس : في كيفية القضاء ، والسادس في وقت القضاء .

الباب الأول في معرفة من يجوز قضاؤه

والنظر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه ، وفيما يكون به أفضل . فأما الصفات المشترطة في الجواز : فإن يكون حرا مساما بالغنا ذكرا عاقلا عدلا . وقد قيل في المذهب إن الفسق يوجب العزل ويمضي ما حكم به : واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد ؛ فقال الشافعي : يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز حكم العامى . قال القاضي : وهو ظاهر ما حكاه جدى رحمه الله عليه في المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة : وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة ؛ فقال الجمهور : هي شرط في صحة الحكم ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون المرأة قاضيا في الأموال ؛ قال الطبري : يجوز أن تكون المرأة حاكما على الإطلاق في كل شيء ؛ قال عبد الوهاب : ولا أعلم بينهم اختلاف في اشتراط الحرية ؛ فن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى ، وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ؛ ومن أجاز حكمها في الأموال فتشبيها بجواز شهادتها في الأموال ؛ ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال : إن الأصل هو أن كل من يتأق منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى . وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشرطة في استمرار ولايته وليس شرطا في جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز ؛ فهذا إذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاستمرار وليست شرطا في الجواز ، فهذا إذا ولي القضاء عزل . ونفذ ما حكم به إلا أن يكون جورا . ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات : ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا . والشافعي يميز أن يكون في المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه ، وإن شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز ، وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان : الجواز ، والمنع ، قال : وإذا تنازع الحصان في اختيار أحدهما وجب أن يقرعا عنده . ولما فضائل القضاء فكثيرة ، وقد ذكرها الناس في كتبهم . وقد اختلفوا في الأي هل يجوز أن يكون قاضيا ؟

والأبين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا ؛ وقال قوم : لا يجوز ؛ وعن الشافعي القولان جميعا ، لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع العجز ، ولا خلاف في جواز حكم الإمام الأعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف أعرف فيه : واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضىبه المتداعيان ممن ليس بوال على الأحكام ، فقال مالك : يجوز ؛ وقال الشافعي : في أحد قوايه : لا يجوز ؛ وقال أبو حنيفة : يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضي البلد .

الباب الثاني في معرفة ما يقضى به

وأما فيما يحكم ، فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين ، وأنه نائب عن الإمام الأعظم في هذا المعنى وأنه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء ، وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة ؟ فيه خلاف ، وكذلك حل يستخاف فيه خلاف في المرض والسفر إلا أن يؤذن له ، وليس ينظر في الحياة ولا في غير ذلك من الولاية ، وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم : ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم نحلة للمحكوم له به ، وإن لم يكن في نفسه حلالا ، وذلك أنهم أجمعوا على أن حكم الحاكم الظاهر الذي يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، وذلك في الأموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام « لَأَتِمَّ أُنَا بَشَرٌ وَإِنكُم تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ فَلْتَعَلَّ بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ الْخَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ شَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ فَلْيَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ » . واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم أنه حق وليس بحق ، إذ لا يحل حرام ، ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا ؟ فقال الجمهور : الأموال والفروج في ذلك سواء ، لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا ، وكذلك مثل أن يشهد شاهدا زورا في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة ؛ فقال الجمهور : لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهرها لحكم ؛ وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه : تحل له : فعمدة الجمهور عموم الحديث

المتقدم ، وشبهة الخفية أن الحكم باللعان ثابت بالشرع ، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفرقة ، ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك إن كانت هي الكاذبة ، لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ؛ والجمهور أن الفرقة هاهنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب .

الباب الثالث فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربع : بالشهادة ، وباليمين ، وبالنكول ، وبالإقرار ، أو بما تركب من هذه . ففي هذا الباب أربعة فصول .

الفصل الأول في الشهادة

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء : في الصفة ، والجنس ، والعدد . فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة : العدالة ، والبلوغ ، والإسلام ، والحرية ، وبنى التهمة . وهذه منها متفق عليها ، ومنها يختلف فيها . أما العدالة ، فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى - يَمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ - ولقوله تعالى - وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ - واختلفوا فيما هي العدالة ؛ فقال الجمهور : هي صفة زائدة على الإسلام ، وهو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته ، مجنباً للمحرمات والمكروهات ؛ وقال أبوحنيفة : يكفي في العدالة ظاهر الإسلام ، وأن لا تعلم منه جرحة . وسبب الخلاف كما قلنا تردد في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق ، وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ - الآية . ولم يختلفوا أن للفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته ، إلا من كان فسقه من قبل القذف ؛ فإن أباحنيفة يقول : لا تقبل شهادته وإن تاب . والجمهور يقولون : تقبل . وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى - وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ - إلا الذين تابوا من بعد ذلك - إلى

أقرب مذكور إليه ، أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع ، وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد ، وقد تقدم هذا : وأما البلوغ فإنهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة . واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل ، فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ، ومن شرط العدالة البلوغ ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك ، وإنما هي قرينة حال ، ولذلك اشترط فيها أن لا ينفردوا لثلاث يجنبوا . واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ؟ ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة ، واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا ؟ واختلفوا أيضا هل تجوز في القتل الواقع بينهم ؟ ولا عمة لمالك في هذا إلا أنه مروي عن ابن الزبير . قال الشافعي : فإذا احتج محتج بهذا قيل له : إن ابن عباس قد ردها ، والقرآن يدل على بطلانها ؛ وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين ، وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصاحبة . وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول ، وأنه لا تجوز شهادة الكافر ، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمُ الْآيَةُ . فقال أبو حنيفة : يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله ؛ وقال مالك والشافعي : لا يجوز ذلك ؛ ورأوا أن الآية منسوخة . وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة ؛ وقال أهل الظاهر : تجوز شهادة العبد ، لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة ، والعبودية ليس لها تأثير في الرد ، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع ، وكأن الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة . وأما التهمة التي سببها المحبة ، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة . واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية ، فقال بردها فقهاء الأمصار ، إلا أنهم اتفقوا في مواضع على أعمال التهمة ، وفي مواضع على إسقاطها ، وفي مواضع اختلفوا فيها .

فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم : فما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها . ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر ، فإن مالكا ردها وأبا حنيفة ، وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن ؛ وقال ابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعي . ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك ، وما لم يكن منقطعا إلى أخيه يناله بره وصلته ، ما عدا الأوزاعي فإنه قال : لا يجوز . ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه ؛ فقال مالك والشافعي : لا تقبل ؛ وقال أبو حنيفة : تقبل . فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ نَحْصَمٍ وَلَا ظَنَيْنِ » ، وما أخرجه أبو داود من قوله عليه الصلاة والسلام « لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ بَدَوِيٍّ عَلَى حَضْرِيٍّ » لقلة شهود البدوي ما يقع في المصر ، فهذه هي عمدتهم من طريق السماع . وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة ، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول ، وعلى ورث المتبوتة في المرض وإن كان فيه خلاف . وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فإنهم قالوا : تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عما سواه إذا كان الأب عدلا ؛ وعمدتهم قوله تعالى - يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ - والأمر بالشئ يقتضي إجزاء الأمور به إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر ، فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالحملة إنما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع إعمالها في العادل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة ؛ وأما النظر في العدد والجنس ، فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنى بأقل من أربعة عدول ذكور ، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنى بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري ، فإنه قال : لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم ، وهذا ضعيف لقوله سبحانه - وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ - وكل

متفق أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى ، إلا ابن أبي ليلى فإنه قال : لا بد من يمينه . واتفقوا على أنه ثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى - فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ يَمِينٌ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ - . واختلفوا في قبولهما في الحدود ، فالنبي عليه الجمهور أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لامع رجل ولا مفردات ؛ وقال أهل الظاهر : تقبل إذا كان معهن رجل . وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية ؛ وقال أبو حنيفة : تقبل في الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ؛ ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن ؛ واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ، مثل الوكالات وانوصية التي لا تتعلق إلا بالمال فقط ؛ فقال مالك وابن القاسم وابن وهب : يقبل فيه شاهد وامرأتان ؛ وقال أشهب وابن الماجشون : لا يقبل فيه إلا رجلان . وأما شهادة النساء مفردات ، أغنى النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء . ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع ، فإن أبا حنيفة قال : لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال ، لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء . والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشروط في ذلك منهن ؛ فقال مالك : يكفي في ذلك امرأتان ، قيل مع انتشار الأمر ، وقيل إن لم ينتشر ؛ وقال الشافعي : ليس يكفي في ذلك أقل من أربع ، لأن الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين ، واشترط الاثنيانية ؛ وقال قوم : لا يكفي بذلك بأقل من ثلاث وهو قول لا معنى له ؛ وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة ، وأجسب أن الظاهرية أو بعضهم لا يجوزون شهادة النساء مفردات في كل شيء كما يجوزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر . وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ، فإنهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه الصلاة والسلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع « كَيْفَ وَقَدْ أَرْضَعْتَكُمَا » وهذا ظاهره الإنكار ، ولذلك لم يختلف قول مالك في أنه مكروه .

الفصل الثاني

وأما الأيمان ، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعى بيينة : واختلفوا هل يثبت بها حق المدعى ؛ فقال مالك : يثبت بها حق المدعى في إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى أقوى سببه وشبهة من المدعى عليه ؛ وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه ، أو إثبات حق أنكره فيه خصمه . وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البَيِّنَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع ، أم إنما خص المدعى بالبيينة والمدعى عليه باليمين ، لأن المدعى في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه ؟ فن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال : لا يثبت باليمين حق ، ولا يسقط به حق ثبت ؛ ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال : إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله ، واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه ، مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك إن وجد شيء بهذه الصفة ، ولأولئك أن يقولوا : الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق ، وكلهم مجمعون على أن اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله ، الذي لا إله إلا هو ، وأقوايل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة ، وهي عند مالك : يا الله الذي لا إله إلا هو ، لا يزيد عليها ، ويزيد الشافعي للملئ يعلم من السر ما يعلم من العلانية . وأما هل تغلظ بالمكان ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب مالك إلى أنها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص ، وكذلك الشافعي . واختلفوا في القدر ، فقال مالك : إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعداً وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع ، فإن كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام ، فلا خلاف أنه يخلف على المنبر ، وإن كان في غيره

من المساجد ففي ذلك روايتان : إحداهما حيث أنفق من المسجد ، والأخرى عند المنبر ، وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد ؛ وقال الشافعي : يحلف في المدينة عند المنبر ، وفي مكة بين الركن والمقام ، وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر ، والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا ؛ وقال داود : يحلف على المنبر في القليل والكثير ؛ وقال أبو حنيفة : لا تغلظ اليمين بالمكان . وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا ؟ فن قال إنه يفهم منه ذلك قال : لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ؛ ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال : لا يجب الحلف على المنبر . والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي آثِمًا تَبَيَّوْا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ » واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا : هو عمل الخلفاء ، قال الشافعي : لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة : قالوا : ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب اليمين في ذلك الموضع : قالوا : وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجردا مثل قواه عليه الصلاة والسلام « مَنْ اقْتَضَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بَيْنَ يَدَيْهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجَبَ لَهُ النَّارَ » يفهم منه وجوب القضاء باليمين ، وكذلك التغليظ الوارد في المكان . وقال الفريق الآخر : لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين ، وإذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه إجماع من الصحابة ، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت ؛ وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان ، وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر . وأما القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه ؛ فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة : يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال . وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق :

لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء ، وبه قال الليث من أصحاب مالك . وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع . أما القائلون به فإنهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة ، منها حديث ابن عباس ، وحديث أبي هريرة ، وحديث زيد ابن ثابت ، وحديث جابر ، إلا أن الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ، ولفظه « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » أخرجه مسلم ولم يخرج البخاري . وأما مالك فلأنما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد » لأن العمل عنده بالمراسيل واجب . وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى « فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ » قالوا : وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة ، وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيّد . وأما من السنة فما أخرجه البخاري . ومسلم عن الأشعث بن قيس قال « كان بيني وبين رجل خصومة في شيء ، فاخترصمنا إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال شاهداك أو يمينه » فقلت : إذا يحلف ولا يبالى ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين يتقسطع بها مال امرئ مسلم فهو فيها فاجر » لبق الله وهو عليه غضبان » قالوا : فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض للحجة كل واحد من الخصمين ، ولا يجوز عايه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفي أقسام الحجة للمدعى . والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعين شبهة ، وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت في القسامة . وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين ، فقال مالك : يجوز لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد ؛ وقال الشافعي : لا يجوز له ، لأنه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره ، وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح ؟ فيه قولان في المذهب .

الفصل الثالث

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله ، فإن الفقهاء أيضا اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين : إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شيء بنفس النكول ، إلا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين : يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وشاهد ويمين ؛ وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين ؛ وقال ابن أبي ليلى : أردتها في غير التهمة ولا أردتها في التهمة . وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا ؟ قولان . فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار » ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما بيمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عنده اشتراط الاثنية في الشهادة ؛ وليس يقضى عند الشافعي يشاهد ونكول . وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى ، واليمين لإبطالها وحب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى . قالوا : وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعى فهو خلاف للنص ، لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه ، فهذه أصول الحجج التي يقضى بها القاضي . ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض آخر إليه ، لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به ، أعني إذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده ، أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله إلى القاضي الثاني ، فشهدا عند القاضي الثاني أنه كتابه ، وأنه أشهدهم بثبوت ، وقد قيل إنه يكتب فيه بخط القاضي ، وأنه كان به العمل الأول . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة إن أشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم ؛ فقال مالك : يجوز ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة :

لا يجوز ولا تصح الشهادة : واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة ، أم لا بد في ذلك من شهادة ؟ فقال مالك : يقضى بذلك ؛ وقال الشافعي : لا بد من شاهدين ، وكذلك قال أبو حنيفة ؛ وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث ، وقول الغير أجرى على الأصول . ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه ، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضى بعلمه في التعديل والتجريح ، وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به ، وأنه يقضى بعلمه في إقرار الخصم وإنكاره ، إلا ما لكأ فإنه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لإقرار الخصم وإنكاره ، وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك خلاف . واختلفوا إذا كان في المسئلة خلاف ؛ فقال قوم : لا يرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع ؛ وقال قوم إذا كان شاذاً ؛ وقال قوم : يرد إذا كان حكماً بقياس ، وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس وهو الأعدل ، إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة ، وهذا هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق ، وإلى مالك باختلاف . واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار ، أو لا يقضى إلا بالدليل والإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضى إلا بالبينات أو الإقرار ، وبه قال أحمد وشريح ؛ وقال الشافعي والكوافي وأبو ثور وجماعة : للقاضي أن يقضى بعلمه ، ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين ، وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر . أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك ، فمنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلانحاه رجل في فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : « لا تخطب الناس وتخبيرهم أنكم قد رضىيتم ، أرضيتم ؟ قالوا : نعم ، فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر ، فخطب الناس وذكر القصة ، وقال : أرضيتم ؟ قالوا لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم »

عليه وسلم فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أَرْضَيْتُمْ ؟ قالوا نعم قال : فهذا بَيِّنٌ في أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم : وأما من جهة المعنى فالتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي . وقد أجمعوا أن التهمة تأثيراً في الشرع : منها أن لا يرث القاتل عمداً عند الجمهور من قتله . ومنها ردهم شهادة الأب لأبنيه ، وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء . وأما عمدة من أجاز ذلك ، أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة ابن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان « نَحْدِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » دون أن يسمع قول خصمها : وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فأخرى أن يحكم بما هو عنده يقين : وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا : لا يقضى بعلمه في الحدود ويقضى في غير ذلك ؛ وخصص أيضاً أبو حنيفة العلم الذي يقضى به . فقال : يقضى بعلمه الذي علمه في القضاء ، ولا يقضى بما علمه قبل القضاء . وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم . وقال بعض أصحاب مالك : يقضى بعلمه في المجلس أعني بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك ، وهو قول الجمهور كما قلنا ، ويقول المغيرة هو أجرى على الأصول ، لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضى إلا بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع يصدق الشاهدين .

الفصل الرابع في الإقرار

وأما الإقرار إذا كان بيننا فلا خلاف في وجوب الحكم به ، وإنما النظر فيما يجوز إقراره ممن لا يجوز . وإذا كان الإقرار محتملاً رفع الخلاف . أما من يجوز إقراره ممن لا يجوز فقد تقدم : وأما عدد الإقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ، ولا خلاف بينهم أن الإقرار مرة واحدة عامل في المال . وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهو من قبل احتمال اللفظ ، وأنت إن أحببت أن تقف عليه فن كتاب الفروع .

الباب الرابع

وأما على من يقضى ؟ ولمن يقضى ؟ فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس بينهم عليه . واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه ؛ فقال مالك : لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته ؛ وقال قوم : يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معاومة وليس كذلك الشهادة . وأما على من يقضى ؟ فلمنهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب ، فإن مالكا والشافعي قالا : يقضى على الغائب البعيد . الغيبة ؛ وقال أبو حنيفة : لا يقضى على الغائب أصلا . وبه قال ابن الماجشون ؛ وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرابع المستحقة : فعمدة من رأى القضاء حديث هذا المتقدم ولا حجة فيه ، لأنه لم يكن غائبا عن المصر . وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام « فَإِنَّمَا أَقْضِي لَنَّهُ بِحَسَبِ مَا أَسْمَعُ » وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن « لَا تَقْضِ لِأَحَدٍ الْخِصْمَيْنِ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ » وأما الحكم على الذي ، فإن في ذلك ثلاثة أقوال : أحدها أنه يقضى بينهم إذا ترفعوا إليه بحكم المسلمين ، وهو مذهب أبي حنيفة ؛ والثاني أنه نخير ، وبه قال مالك ، وعن الشافعي القولان ؛ والثالث أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكما إليه . فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى - فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُنَّ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُنَّ - وبهذا تمسك من رأى الخيار ، ومن أوجبه اعتماد قوله تعالى - وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُنَّ - ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير . وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يرفعوا ، فإنه احتج بإجماعهم على أن الذي إذا سرق قطعت يده .

الباب الخامس

وأما كيف يقضى القاضي ، فلمنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المحاسن والآلا يسمع من أحدهما دون الآخر ، وأن يبدأ

بالمدعى فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه . وإن لم يكن له بينة فإن كان في ماله وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل ونجبت عند الشافعي بمنجرد الدعوى ؛ وقال مالك : لا تجب إلا مع شاهد ؛ وإذا كان في المال فهل يخلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يخلفه حتى يثبت المدعى الخلطة ؟ اختلفوا في ذلك ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعنوم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وقال مالك : لا تجب اليمين إلا بالخلطة ؛ وقال بها السبعة من فقهاء المدينة . وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعوى إلى تعنيت بعضهم بعضا ، وإذابة بعضهم بعضا ، ومن هنا لم ير مالك إخلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد ، وكذلك إخلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه ، والدعوى لا تخاو أن تكون في شيء في الذمة أو في شيء بعينه ، فإن كانت في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق . وكذلك إن كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك . وأما إن كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا ، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لا تسمع بينة المدعى عليه إلا في النكاح وما لا يتكرر ؛ وقال غيره : لا تسمع في شيء ؛ وقال مالك والشافعي : تسمع أعني في أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه أنه مال له وملك . فعمدة من قال لا تسمع أن الشرع قد جعل البينة في حيز المدعى واليمين في حيز المدعى عليه ، فوجب أن لا ينقلب الأمر ، وكان ذلك عندهما عبادة . وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فن قال : لا تفيد معنى زائدا قال : لا معنى لها ؛ ومن قال تفيد : اعتبرها ؛ فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البيتين ولم تثبت إحداهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك ؛ فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البيتين ولا يعتبر الأكثر ؛ وقال أبو حنيفة : بينة المدعى أولى على أصله ولا ترجع عنده بالعدالة

كما لا ترجح عند مالك بالعدد ، وقال الأوزاعي : ترجح بالعدد وإذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه ، فإن نكل حلف المدعى ووجب الحق ، لأن يد المدعى عليه شاهدة له ، ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين : أعني اليمين . وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عينا فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه . وأما إذا كان مالا في الذمة ، فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه ، إما بطول السجن والبيئة إن كان متهما فإذا لاج عسره خلى سبيله لقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - وقال قوم : يؤاخره ، وبه قال أحمد . وروى عن عمر بن عبد العزيز ، وحكى عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، ولا خلاف أن البيئة إذا جرحها المدعى عليه أن الحكم يسقط إذا كان التجريح قبل الحكم ، وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك ، وقال الشافعي : ينتقض وأما إن رجعت البيئة عن الشهادة ، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده ، فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لا يثبت ؛ وقال بعض الناس : يثبت . وإن كان بعد الحكم فقال مالك : يثبت الحكم ؛ وقال غيره لا يثبت الحكم ، وعند مالك أن الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم ، فإن كان مالا ضمنوه على كل حال ؛ قال عبد الملك : لا يضمنون في الغلط ؛ وقال الشافعي : لا يضمنون المال . وإن كان دما فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية ، وإن أقروا فأقيد منهم على قول أشهب ، ولم يقتض منهم على قول ابن القاسم .

الباب السادس

وأما متى يقضى ؟ فمنها ما يرجع إلى حال القاضي في نفسه ، ومنها ما يرجع إلى وقت إنفاذ الحكم وفصله ، ومنها ما يرجع إلى وقت توقيف المدعى فيه وإزالة اليد عنه إذا كان عينا . فأما متى يقضى القاضي ؟ فإذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يقضى القاضي حين ينقضى وهو غضبان » ، ومثل هذا عند مالك أن يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التي تعوقه عن الفهم ، لكن إذا قضى في حال من هذه

الأحوال بالصواب ، فاتفقوا فيما أعلم على أنه ينفذ حكمه ، ويحتمل أن يقال : لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان ، لأن النهى يدل على فساد المنهى عنه ؛ وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والإعذار إليه ، ومعنى نفوذ هذا ، هو أن يحق حجة المدعى أو يدحضها ، وهل له أن يسمع حجة يبعد الحكم ؟ فيه اختلاف من قول مالك ، والأشهر أنه يسمع فيما كان حقا لله مثل الإحباس والعق ولا يسمع في غير ذلك . وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا ، وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه ، وهو ما إذا أقر بالعجز . وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الإعذار ، وهو إذا لم يرد الذى استحق الشيء من يده أن يخاصم فله أن يرجع بضمنه على البائع ، وإن كان يحتاج في رجوعه به على البائع أن يوافقه عليه فيثبت شراؤه منه إن أنكره ، أو يعترف له به إن أقره فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق ؛ وقال الشافعى : يشترط منه ، فإن عطب في يد المستحق فهو ضامن له ، وإن عطب في أثناء الحكم : ضمن ضمانه ؟ اختلف في ذلك ، فقيل إن عطب بعد الثبات فضا منه من المستحق وقيل إنما يضمن المستحق بعد الحكم ؛ وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه . قال القاضى رضى الله عنه : وينبغي أن تعلم أن الأحكام الشرعية تنقسم قسمين : قسم يقضى به الأحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم ، وقسم لا يقضى به الأحكام ، وهذا أكثره هو داخل في المندوب إليه . وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أوخر كتبهم التى يغرفونها بالجوامع . ونحن فقد رأينا أن نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه إن شاء الله تعالى . وأما ينبغي قبل هذا أن تعلم أن السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية ، فمنها ما يرجع إلى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره ، وفي هذا الجنس تدخل العبادات ، وهذه هى السنن الكرامية . ومنها ما يرجع إلى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان : السنن الواردة في المطعم والمشرب ، والسنن الواردة في المناكح . ومنها ما يرجع إلى طلب العدل والكف عن الجور . فهذه هى

أجناس السنن التي تقتضى العدل فى الأموال ، والتي تقتضى العدل فى الأبدان . وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات ، لأن هذه كلها إنما يطلب بها العدل . ومنها السنن الواردة فى الأغراض . ومنها السنن الواردة فى جميع الأموال وتقويمها ، وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء ، وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل : والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه ، وتدخل أيضا فى باب الاشتراك فى الأموال ، وكذلك الأمر فى الصدقات . ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الإنسان وحفظ فضائله العملية والعلمية ، وهى المعبر عنها بالرياسة ، ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين . ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على إقامة هذه السنن ، وهو الذى يسمى : النهى عن المنكر والأمر بالمعروف ، وهى المحبة والبغضة : أى الدينية التى تكون إما من قبل الإخلال بهذه السنن ، وإما من قبل سوء المعتقد فى الشريعة .

وأكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس الأربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء ، والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل .

كمل كتاب الأفضية ، وبه كاله كمل جميع الديوان ، والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله .

ترجمة المؤلف منقولة من الديباج

هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الشهير بالحفيد) من أهل قرطبة وقاضي الجماعة بها ، يكنى أبا الوليد ، روى عن أبيه أبي القاسم استظهر عليه الموطأ حفظاً ، وأخذ الفقه عن أبي القاسم بن بشكوال وأبي مروان بن مسرة وأبي بكر بن سمحون وأبي جعفر بن عبد العزيز وأبي عبد الله المازري . وأخذ علم الطب عن أبي مروان بن جريزول ، وكانت الدراية أغلب عليه من الرواية ، ودرس الفقه والأصول وعلم الكلام : ولم ينشأ بالأندلس مثله كمالات وعلماء وفضلاء ، وكان على شرفه أشد الناس تواضعاً وأخفهم جناحاً ، وعنى بالعلم من صغره إلى كبره ، حتى حكى أنه لم يدع النظر ولا القراءة منذ عقل إلا ليلية وفاة أبيه ، وليلة بنائه على أهله ، وأنه سود فيما صنف وقيد وألف وهذب واختصر نحواً من عشرة آلاف ورقة . ومال إلى علوم الأوائل ، وكانت له فيها الإمامة دون أهل عصره ، وكان يفزع إلى فتياه في الطب كما يفزع إلى فتياه في الفقه مع الحظ الوافر من الإعراب والآداب والحكمة . حكى عنه أنه كان يحفظ شعر المتنبي وحبيب . وله تأليف جلية الفائدة ، منها كتاب « بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد » في الفقه ١ ذكر فيه أسباب الخلاف وعلل وجهه ، فأفاد وأمتع به ، ولا يعلم في وقته أنفع منه ولا أحسن سياقاً ، وكتاب

(١) هو هذا الكتاب الذي أبان عن مقدار معرفة الرجل بالشرعية ، فإنه ذكر فيه أقوال فقهاء الأمة من الصحابة فمن بعدهم ، مع بيان مستند كل من الكتاب والسنة ، والقياس مع الترجيح ، وبيان الصحيح ، فخاض في بحر عجاج ملتطم الأمواج ، واهتدى فيه للسلوك ، ونظم جواهره في صحائف تلك السالك ، فرحمه الله رحمة واسعة .

الكلية في الطب ، ومختصر المستصفي في الأصول ، وكتابه في العربية الذي
وسمه بالضروري ، وغير ذلك تليف على ستين تأليفا ، وحدث سيرته في القضاء
بقرطبة ، وتأثلت له عند الملوك وجاهة عظيمة ، ولم يصرفها في ترفيع حال ولا
جمع مال ، إنما قصرها على مصالح أهل بلده خاصة ومنافع أهل الأندلس .
وحدث وسمع منه أبو بكر بن جهور وأبو محمد بن حوط الله وأبو الحسن بن سهل
ابن مالك وغيرهم . وتوفي سنة خمس وتسعين وخمسمائة ، ومولده سنة عشرين
 وخمسمائة ، قبل وفاة القاضي جده أبي الوايد بن رشد بشهر .

تقريظ

وعند تمام طبعته الأولى قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الكلمة ، فأحبينا إثباتها حرصا على محاسنها ونشرا لعلو مكانتها ، وهي : إلى الحكيم الرأقد في جدته ، الهاني بمضجعه ، تحفه مسحة من النور الإلهي ، وعليه حارس من المهابة وسياج من الإجلال ، أهلى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمت . لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة إلى محلها الأرفع ، فقد هبطت علينا من عالمك العالى ، وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل ، طلعت والهدى ، فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فأنبئت الكلا والعشب وأصاب منها الكثير . أقمت فينا ما شاء الله لك أن تقومى ، وخلفت لك آثارا جعلت لك مقعد صدق فى كل نفس ، ثم عدت سيرتك الأولى : بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك ، أى جو حواك ، وأى آمال وسعتك ، وأى جسم تحمل ما ترومين .

وإذا كانت النفوس كبارا تعبت فى مرادها الأجسام
بيننا نراك بين يدي فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة ، وأرضعتك أفلاويقها ، وأعاتك درها ، وأهملتك خيرها ، فلا يظن أنك تعلمين غيرها ، إذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد ، وسهلت لك حزنها ، ووردت منها عذبا زائرا عبابه ، وسائغا شرابه . وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش إليه الحس ، فهو الحق إلا أنه حكم قد ضمن الدر .
إلا أنه كلم .

أنزه فى رياض العلم نفسى	وأغسدت فى مسارحها وأمسى
أمتع ناظرى فيما حوته	وأقطعت زهره من كل غرس
وأحسن من كثوس الراح عندى	ومن خد الظبا خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمّت روضا	به قد غبت عنى نفسى وحسى
كان خلال أسطره بحسار	تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب جاكه فكر (ابن رشد)	وأخرج آية فى كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا	كما طرد الدجنة فهو شمس

بحمد الله تعالى قد تم طبع كتاب
« بداية المجتهد ونهاية المقتصد » للإمام ابن رشد القرطبي
مصححاً بمعرفة لجنة التصحيح

فهرست الجزء الثانى

من بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام ابن رشد القرطبي

صفحة	صفحة
٨ الركن الثانى فى شروط العقد ، وفيه فصول :	٣ (كتاب للنكاح ، وفيه خمسة أبواب)
الفصل الأول : فى الأولياء ، والنظر فيه فى أربعة مواضع :	الباب الأول : فى مقدمات النكاح ، وفيه أربع مسائل :
الموضع الأول فى أن الولاية هل هى شرط فى صحة النكاح أم لا ؟	المسئلة الأولى فى حكم النكاح المسئلة الثانية فى خطبة النكاح
١٢ الموضع الثانى فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها	٣٠ المسئلة الثالثة فى خطبة النكاح المسئلة الثالثة فى حكم الخطبة على الخطبة
١٣ الموضع الثالث فى أصناف الولاية عند القائلين بها	المسئلة الرابعة فى حكم النظر إلى الخطوبة
مطلب فى سبب اختلافهم فى العقد ، وفيه مسائل :	الباب الثانى : فى موجبات صحة النكاح ، وينقسم إلى ثلاثة أركان :
١٤ المسئلة الأول فى حكم تزويج الأبعد مع حضور الأقرب	الركن الأول فى كيفية العقد والنظر فيه فى مواضع :
المسئلة الثانية إذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية للأبعد	الموضع الأول الإذن فى النكاح الموضع الثانى فىمن المعير قبوله فى صحة العقد
المسئلة الثالثة فى حكم غيبة الأب عن ابنته اليكز	٧ الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخيار أم لا ؟
١٥ الموضع الرابع فى عضل الأولياء	

صحيحة	صحيحة
٢٩ المسئلة الرابعة في الصداق يستحق أو يوجب به عيب	١٧ الفصل الثاني : في الشهادة
المسئلة الخامسة في الرجل يشترط على نفسه في الصداق	١٨ الفصل الثالث : في الصداق ، وفيه سنة مواضع :
الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق	الموضع الأول في حكمه وأركانه وفيه أربع مسائل :
٣١ الركن الثالث في معرفة محل العقد ، وفيه أربعة عشر فصلا	المسئلة الأولى في حكمه
٣٢ الفصل الأول : في مانع النسب	المسئلة الثانية في قدره
الفصل الثاني : في مانع المصاهرة وفيه أربع مسائل :	٢١ المسئلة الثالثة في جنسه
٣٣ المسئلة الأولى في تحريم بنت الزوجة	٢٢ المسئلة الرابعة في تأجيله
المسئلة الثانية فيما تجرم به بنت الزوجة	الموضع الثاني فيما يتقرر به الصداق
٣٤ المسئلة الثالثة في حكم الأم المعقود على بنتها	٢٣ الموضع الثالث في تشطيره
المسئلة الرابعة في أن : هل الزنا موجب للتحريم كالوطء في نكاح أم لا ؟	٢٦ الموضع الرابع في التفويض ، وفيه مسثلتان :
٣٥ الفصل الثالث : في مانع الرضاع وفيه تسع مسائل :	المسئلة الأولى فيما إذا طلبت المرأة أن يفرض لها الصداق
المسئلة الأولى في المقدار المحرم من اللبن	٢٧ المسئلة الثانية فيما إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
٣٦ المسئلة الثانية في رضاع الكبير	الموضع الخامس في الأصدقة الفاسدة ، وفيه خمس مسائل :
	المسئلة الأولى فيما إذا كان الصداق لا ينتفع به شرعا
	٢٨ المسئلة الثانية فيما إذا اقترن بالمهر بيع .
	المسئلة الثالثة فيما إذا اشترط في الصداق حياة الأب

صحيحة	بيضة
٤٩ المسئلة الأولى فيما إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان	٣١ المسئلة الثالثة في المولود يقطع قبل الحولين ثم أرضعته امرأة .
المسئلة الثانية فيما إذا أسلم أحد الزوجين قبل الآخر ثم أسلم الآخر	المسئلة الرابعة في حكم ما يصل إلى الخلق من غير رضاع
٥٠ الباب الثالث : في موجبات الخيار في النكاح ، وفيه أربعة فصول :	٣٨ المسئلة الخامسة في اللبن المحرم إذا استهلك في ماء أو غيره
الفصل الأول : في خيار العيوب	المسئلة السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول إلى الخلق أم لا ؟
٥١ الفصل الثاني : في خيار الإعسار بالصداق والنفقة	٣٨ المسئلة السابعة هل يصير الرجل الذي له اللبن أباً للمرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
٥٢ الفصل الثالث في خيار الفقه	٣٩ المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع المحرم
٥٣ الفصل الرابع : في خيار العتق	المسئلة التاسعة في صفة المرضعة
٥٤ الباب الرابع : في حقوق الزوجية	٤٠ الفصل الرابع : في مانع الزنا
٥٧ الباب الخامس : في الأنكحة المنهى عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وجكها	الفصل الخامس : في مانع العدد
مطلب : الأنكحة المنهى عنها أربعة الأول منها نكاح الشغار	٤١ الفصل السادس : في مانع الجمع
٥٨ الثاني نكاح المتعة	٤٢ الفصل السابع في موانع الرق
الثالث نكاح الخطبة على الخطبة	٤٤ الفصل الثامن : في مانع الكفر
الرابع نكاح المحلل	٤٥ الفصل التاسع : في مانع الإحرام
٥٩ مطلب في الأنكحة الفاسدة بمفهوم للشرع	٤٦ الفصل العاشر : في مانع المرض
	٤٧ الفصل الحادي عشر : في مانع للعدة
	٤٨ الفصل الثاني عشر : في مانع للزوجية ، وفيه مستلذان :

مصحفة	مصحفة
٦٥ المسئلة الأولى هل يقع الطلاق في الحيض ؟	٥٩ مطلب في حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت
المسئلة الثانية إن وقع الطلاق فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟	٦٠ (كتاب الطلاق) وينحصر في أربع جمل :
المسئلة الثالثة متى يوقع الطلاق بعد الإيجاب أو النذب ؟	الجملة الأولى في أنواع الطلاق ، وفيه خمسة أبواب :
٦٦ المسئلة الرابعة متى يقع الإيجاب ؟ الباب الثالث في الخلع ، وفيه أربعة فصول :	الباب الأول : في معرفة الطلاق البائن والرجعى ، وفيه ثلاث مسائل :
الفصل الأول : في جواز وقوعه	٦١ المسئلة الأولى في حكم الطلاق بلفظ الثلاث
٦٧ الفصل الثانى : في شروط جواز وقوعه ، وفيه أربع مسائل :	٦٢ المسئلة الثانية في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
المسئلة الأولى في مقدار ما يجوز أن تختلعه به	المسئلة الثالثة في كون الرق موثراً في نقصان عدد الطلاق
المسئلة الثانية في صفة العوض	٦٣ الباب الثانى : في معرفة الطلاق السنى من البدعى ، وفيه ثلاثة مواضع :
٦٨ المسئلة الثالثة فيما يرجع إلى الحال التى يجوز فيها الخلع من التى لايجوز	الموضع الأول : هل من شرطها أن لايتبعها طلاق في العدة
٦٨ المسئلة الرابعة فيمن يجوز له الخلع ومن لايجوز له	٦٤ الموضع الثانى : هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟
٦٩ الفصل الثالث : في نوع الخلع : هل هو طلاق أو فسخ ؟	الموضع الثالث في حكم من طلق وقت الحيض ، وفي هذا الموضع أربع مسائل :
٧٠ الفصل الرابع : فيما يلحقه من الأحكام	

صفحة	مبقة
٨٣ الباب الثالث : فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق	٧ الباب الرابع : في تميز الطلاق من الفسخ
٨٤ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق ، وفيها بابان :	٧ الباب الخامس : في التخيير والتليك
٨٥ الباب الأول : في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي	٧ الجملة الثانية في أركان الطلاق وفي هذه الجملة ثلاثة أبواب :
٨٦ الباب الثاني : في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن	٧ الباب الأول : في ألفاظ الطلاق وشروطه ، وفيه فصلان :
٨٨ الجملة الرابعة في أحكام المطلقات وفيها بابان :	الفصل الأول : في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة
الباب الأول : في العدة ، وفيه فصلان :	مطلب اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ، وفيه مستلطان :
الفصل الأول : في عدة الزوجات ، وينقسم إلى نوعين	٧٥ المسئلة الأولى ما اتفق عليه مالك والشافعي وأبو حنيفة من أنه لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق : إنه لم يرد بها الطلاق
٨٩ النوع الأول في معرفة العدة مطلب في أقسام الزوجات غير الحرائر	المسئلة الثانية اختلافهم فيمن قال لزوجته : أنت طالق وادعى أنه أراد أكثر منها
٩٥ النوع الثاني في معرفة أحكام العدد مطلب في الكلام على عدة الموت مطلب في الحامل التي يتوفى عنها زوجها	٧٨ الفصل الثاني : في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة
٩٧ الباب الثاني : في المتعة	٨١ الباب الثاني : في المطلق الحائز الطلاق
٩٨ باب في بحث الحكمين	
٩٩ (كتاب الإيلاء) وفيه عشر مسائل :	

صحيفة	صحيفة
١٠٥ الفصل الأول : في ألفاظ الظهار	١٠٠ المسئلة الأولى في اختلافهم
الفصل الثاني : في شروط وجوب الكفارة فيه	هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة أشهر المضروبة بالنص للمولى أم لا ؟
١٠٧ الفصل الثالث : فيمن يصح فيه الظهار	١٠١ المسئلة الثانية في اليمين التي يكون بها الإيلاء
١٠٩ الفصل الرابع : فيما يحرم على المظاهر	المسئلة الثالثة في لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير عمن
١١٠ الفصل الخامس : هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح	المسئلة الرابعة في مدة الإيلاء
الفصل السادس : هل يدخل الإيلاء على الظهار ؟	١٠٢ المسئلة الخامسة في الطلاق الذي يقع بالإيلاء
١١١ الفصل السابع : في أحكام كفارة الظهار	المسئلة السادسة هل يطلق القاضي إذا أبي النوى أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق ؟
١١٥ (كتاب اللعان) ويشتمل على خمسة فصول :	المسئلة السابعة هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها
١١٦ الفصل الأول : في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها	المسئلة الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟
١١٨ الفصل الثاني : في صفات المتلاعنين	١٠٣ المسئلة التاسعة في إيلاء العبد
١١٩ الفصل الثالث : في صفة اللعان	المسئلة العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يبطأ في العدة أم لا ؟
الفصل الرابع : في حكم نكول أحدهما أو رجوعه	١٠٤ (كتاب الظهار) وفيه سبعة فصول :
١٢١ الفصل الخامس : في الأحكام اللازمة لتام اللعان	
١٢٢ (كتاب الإحداد)	

صحيفة	صحيفة
١٣٧ مسألة اختلافهم من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال :	١٢٤ (كتاب البيوع) وينقسم إلى ستة أجزاء :
مسئلة الاختلاف في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل	١٢٥ الجزء الأول : في تعريف أنواع البيوع المطلقة
١٣٩ فصل : في الاختلاف في بيع للبوي الرطب بجنسه من اللباس مع وجود التماثل في القدر والتناجز	الجزء الثاني في تعريف أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة وفيه أربعة أبواب :
١٤٠ باب في بيع الذرائع الربوية	١٢٦ الباب الأول : في الأعيان المحرمة للبيع
١٤١ مسألة في إقالة المشتري البائع إذا ندم	١٢٨ الباب الثاني : في بيع الربا ، وينحصر في أربعة فصول :
تسع مسائل اختلف منها في مسلتين	١٢٩ الفصل الأول : في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا النساء وتبيين علة ذلك
١٤٤ مطلب في بيع الطعام قبل قيضه له ، وفيه ثلاثة فصول الفصل الأول : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات	١٣٣ الفصل الثاني : في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء
١٤٥ الفصل الثاني : في المبيعات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط	الفصل الثالث : في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعا
١٤٦ الفصل الثالث : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزا	١٣٥ الفصل الرابع : في معرفة ما يعد صنفا واحدا مما لا يعد صنفا واحدا
١٤٨ الباب الثالث : في البيوع المنهي عنها من قبل الغيب الذي سببه الغرر	١٣٦ مسألة اختلافهم من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل

صحيحة	صحيحة
١٧٠ الركن الأول في صيغ العقد	١٥٥ فصل في المسائل المسكوت عنها .
١٧٢ الركن الثاني في العقود عليه	مسئلة المبيعات على نوعين
الركن الثالث في العاقدين	١٥٦ مسئلة الإجماع على أنه لا يجوز
١٧٣ القسم الثالث القول في الأحكام	بيع الأعيان إلى أجل
العامة للبيوع الصحيحة ،	١٥٧ مسئلة : أجمع فقهاء الأمصار
وفيه أربع جمل	على بيع الثمر الذي يثمر بطنا
الجملة الأولى في أحكام وجود	واحدا يطيب بعضه الخ
العيب في المبيعات ، وفيها بابان	١٥٩ الباب الرابع : في بيوع الشروط
الباب الأول : في أحكام	والثنيا
العيوب في البيع المطلق ، وفيه	١٦٥ الباب الخامس : في البيوع
خمسة فصول :	المنهى عنها من أجل الضرر
١٧٤ الفصل الأول : في معرفة	أو الغبن
العقود التي يجب فيها حكم	١٦٦ فصل في نهية صلى الله عليه
بوجوب العيب من التي لا يجب	وسلم عن تلقى الركبان للبيع
ذلك فيها	فصل في نهية صلى الله عليه
الفصل الثاني : في معرفة	وسلم عن بيع الحاضر للبادى
العيوب التي توجب الحكم	١٦٧ فصل في نهية عليه الصلاة
وما شرطها الموجب للحكم	والسلام عن النجش الخ
فيها ، وفي هذا الفصل نظران :	١٦٩ الباب السادس : في النهى من
النظر الأول في العيوب التي	قبل وقت العبادات
توجب الحكم	القسم الثاني في الأسباب
١٧٦ النظر الثاني في الشرط الموجب	والشروط المصححة للبيع ،
للحكم به	وفيه ثلاثة أبواب :
١٧٧ الفصل الثالث : في معرفة	١٧٠ الباب الأول : في العقد ،
حكم العيب الموجب إذا كان	وفيه أركان .
المبيع لم يتغير	

صحيحة	صحيحة
١٨٩ الحملة الثالثة في تابعات المبيعات ، وفيه مسثلتان : المسئلة الأولى في بيع النخيل	١٧٧ فصل في جسواز اتفاق البائع والمشتري على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب
١٩٠ المسئلة الثانية في بيع مال العبد	١٧٩ المسئلة الثانية في رجلين يبتاعان شيئا واحدا في صفقة واحدة
١٩٢ الحملة الرابعة في اتفاق المتبايعين على البيع واختلافهما في مقدار الثمن	الفصل الرابع : في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها
١٩٣ القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع	١٨١ باب في طرود النقصان على المبيع
١٩٤ (كتاب الصرف) وفيه مسائل :	١٨٣ الفصل الخامس : في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين
١٩٥ المسئلة الأولى في بيع الذهب بالذهب وحكمه	١٨٤ الباب الثاني : في بيع البراءة
١٩٦ المسئلة الثانية في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة	١٨٥ الحملة الثانية في وقت ضمان المبيعات
١٩٧ المسئلة الثالثة في شرط الصرف	١٨٦ القول في الجوائح ، وينحصر في أربعة فصول :
١٩٨ المسئلة الرابعة فيمن اضطرر دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا	١٨٧ الفصل الأول : في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح
١٩٩ المسئلة الخامسة لإجماع العلماء على أن المراطة جائزة في الذهب بالذهب	١٨٨ الفصل الثاني : في عمل الجوائح من المبيعات
٢٠٠ المسئلة السادسة في الرجلين يكون لأحدهما على الآخر دنانير ، وللآخر عليه دراهم هل يجوز أن يتصارفاها ؟	الفصل الثالث : في مقدار ما يوضع منه فيه
	١٨٩ الفصل الرابع في الوقت الذي توضع فيه

صحيفة	صحيفة
٢٠٧ مسألة فيمن أسلم إلى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة مآ	٢٠١ المسئلة السابعة في البيع والصرف في مذهب مالك
٢٠٨ الباب الثالث : في اختلاف المتبايعين في السلم	(كتاب السلم) وفيه ثلاثة أبواب
٢٠٩ (كتاب بيع الخيار) والنظر في أصول هذا الباب فيه مسائل :	الباب الأول : في محله وشروطه
المسئلة الأولى هل يجوز الخيار ؟	٢٠٢ مطلب في الشروط المجمع عليها والمختلف فيها ، وهما الشرط الأول والثاني
المسئلة الثانية كم مدة الخيار	٢٠٤ الشرط الثالث وهو مكان القبض الشرط الرابع أن يكون الثمن مقدرا
٢١٠ المسئلة الثالثة هل يشترط النقد	٢٠٥ الباب الثاني : فيما يجوز أن يقتضى من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وفيه مسائل :
المسئلة الرابعة ضمان المبيع في مدة الخيار	مسئلة فيمن أسلم في شيء من التمر وتعذر تسليمه
٢١١ المسئلة الخامسة هل يورث خيار المبيع أم لا ؟	مسئلة في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه
٢١٢ المسئلة السادسة فيمن يصح خياره	٢٠٦ مسئلة في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئا الخ
٢١٣ (كتاب بيع المراجعة) وفيه بابان :	٢٠٧ مسئلة فيما إذا ندم المبتاع في السلم فطلب الإقالة
٢١٤ الباب الأول : فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح	مسئلة فيما إذا كان لرجل على رجل دراهم إلى أجل الخ
٢١٥ الباب الثاني : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خير اليائع بالثمن	

صحيفة	صحيفة
٢١٦ (كتاب بيع العرية) وشروطها	٢٣٨ الباب الثاني : في مسائل
٢١٩ (كتاب الإجازات) وينقسم إلى قسمين :	الشروط
٢٢٠ القسم الأول : في أنواعها	٢٣٩ القول في أحكام القراض
وشروط الصحة والفساد	٢٤١ القول في أحكام الطوارئ
٢٢٣ مطلب إجارة المؤذن	٢٤٢ القول في حكم القراض الفاسد
والاستئجار على تعليم القرآن	٣٤٣ القول في اختلاف المتقارضين
٢٢٤ استئجار الفحول من الدواب للضراب	٢٤٤ (كتاب المساقاة)
٢٢٨ الجزء الثاني من هذا الكتاب	القول في جواز المساقاة
في معرفة أحكام الإجازات ، وينحصر في جملتين :	٢٤٥ القول في صحة المساقاة وفيه : أربعة أركان :
الجملة الأولى في موجبات	الركن الأول في محل المساقاة
هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه	٢٤٧ الركن الثاني الذي هو العمل
٢٢٩ الجملة الثانية في أحكام الطوارئ ، وفيها ثلاثة فصول	٢٤٨ الركن الثالث في صفة العمل الذي تنعقد عليه
الفصل الأول منه : وهو النظر في الفسوخ	٢٤٩ الركن الرابع في المدة التي يجوز فيها وتنعقد عليها
٢٣١ الفصل الثاني : وهو النظر في الضمان	٢٥٠ القول في أحكام الصحة في المساقاة
٢٣٣ الفصل الثالث : وهو النظر في الاختلاف	أحكام المساقاة الفاسدة
٢٣٥ (كتاب الجمل)	٢٥١ (كتاب الشركة)
٢٣٦ (كتاب القراض) وفيه ثلاثة أبواب :	القول في شركة العنان ، وفيه ثلاثة أركان :
الباب الأول : في محله	٢٥٢ الركن الأول في محلها من الأموال ، وفيه ثلاث مسائل :

صحيفة	صحيفة
٢٦٠ المسئلة الثانية في دخول الأشرار الذين هم عصابة في الشفعة ، وفيها مسئلتان :	٢٥٢ المسئلة الأولى فيما إذا اشتركا في صنفين من العروض الخ المسئلة الثانية فيما إذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام من صنف واحد
٢٦٢ المسئلة الأولى إذا لم يكن شريكا في حال البيع المسئلة الثانية أن تكون الحصص ثابتة قبل البيع	٢٥٣ الركن الثاني في معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه الركن الثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال
٢٦٣ القسم الثاني في أحكام الشفعة ٢٦٥ (كتاب القسمة والنظر فيها) وفيه أبواب :	٢٥٤ انقول في شركة المفاوضة ٢٥٥ انقول في شركة الأبدان انقول في شركة الوجوه انقول في أحكام الشركة الصحيحة ٢٥٦ (كتاب الشفعة) وفيه قسمان :
الباب الأول : في أنواع القسمة ، وفيه قسمان :	القسم الأول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه الركن الأول في الشافع
القسم الأول في قسمة رقاب الأموال القسم الثاني في أقسام الرقاب وفيه ثلاثة فصول :	٢٥٧ الركن الثاني في المشفوع فيه ٢٥٨ الركن الثالث في المشفوع عليه ٢٥٩ الركن الرابع في الأخذ بالشفعة وفيه مسائل :
الفصل الأول في الرباع والأصول ٢٦٨ الفصل الثاني : في العروض ٢٦٩ الفصل الثالث : في معرفة أحكام المكيل والموزون انقول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع	٢٦٠ المسئلة الأولى في كيفية توزيع المشفوع فيه
٢٧٠ انقول في أحكام القسمة ٢٧٢ (كتاب الرهون) وفيه أركان الركن الأول في الراهن الركن الثاني في الرهن	

صحيفة	صحيفة
٣٠٣ الباب الثالث : في مخالفة الموكل للموكل	٢٧٣ الركن الثالث في المرهون فيه
٣٠٤ (كتاب اللقطة) والنظر فيه في بختين :	٢٧٤ القول في الشروط
الجملة الأولى في أركانها	٢٧٥ القول في الأحكام
٣٠٥ الجملة الثانية في أحكامها	٢٧٦ مطلب في الاختلاف في نماء الرهن المنفصل
٣٠٩ باب في اللقيط والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه	٢٧٩ (كتاب الحجر) وفيه ثلاثة أبواب :
٣١٠ (كتاب الوديعة)	الباب الأول : في أصناف المحجورين
٣١٣ (كتاب العارية)	٢٨٠ الباب الثاني : متى يخرجون من الحجر، ومتى يحجر عليهم؟
٣١٦ (كتاب الغصب) وفيه بابان :	٢٨٢ الباب الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة
الباب الأول : في الضمان ، وفيه ثلاثة أركان :	٢٨٤ (كتاب التفليس)
الركن الأول في بيان الموجب للضمان	٢٩٣ (كتاب الصلح)
الركن الثاني فيما يجب فيه الضمان	٢٩٥ (كتاب الكفالة)
٣١٧ الركن الثالث في الواجب في الغصب والواجب على الغاصب	٢٩٩ (كتاب الحوالة)
الباب الثاني : في الطوارئ على المغمصوب	٣٠١ (كتاب الوكالة) وفيها ثلاثة أبواب :
٣٢٥ (كتاب الاستحقاق وأحكامه	الباب الأول : في أركانها
٣٢٧ (كتاب الهبات)	الركن الأول في الموكل
٣٣٠ القول في أنواع الهبات	الركن الثاني في الوكيل وشروطه
٣٣٢ القول في أحكام الهبات	الركن الثالث فيما فيه التوكيل
	٣٠٢ الركن الرابع في معنى الوكالة
	الباب الثاني : في أحكام الوكالة

صحيفة	صحيفة
٣٦٢ المسئلة الثانية فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له أم لا ؟	٣٣٤ (كتاب الوصايا) والنظر فيها ينقسم إلى قسمين :
٣٦٣ المسئلة الثالثة فيما إذا قال السيد لعبده : أنت سائبة	القسم الأول النظر في الأركان الركن الأول الموصى
المسئلة الرابعة في العبد المسلم إذا أعتقه النصراني	٣٣٥ القول في الموصى به
٣٦٤ المسئلة الخامسة في أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء إلا من باشرن عتقه بأنفسهن	٣٣٦ القول في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية
مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء	القول في الأحكام وهو القسم الثانى
٣٦٦ (كتاب العتق)	٣٣٨ (كتاب الفرائض)
٣٧٤ (كتاب الكتابة)	٣٤٠ مطلب في ميراث ولد الصلب
القول في مسائل العقد	٣٤٢ مطلب في ميراث الزوجات
٣٧٨ القول في المكاتب ، وفيه خمسة أجناس :	مطلب في ميراث الأب والأم
٣٧٩ الجنس الأول متى يخرج المكاتب من الرق	٣٤٤ مطلب في ميراث الإخوة للأم
٣٨٠ الجنس الثانى متى يرق المكاتب	مطلب في ميراث الإخوة للأب والأم أو للأب
٣٨١ الجنس الثالث إذا مات قبل أن يؤدى الكتابة	٣٤٦ مطلب في ميراث الجدة
٣٨٣ الجنس الرابع فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومنه	٣٤٩ مطلب في ميراث الجدات
	٣٥١ باب في الحجب
	٣٥٦ من مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث. الاختلاف فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكره الثانى
	٣٦١ باب في الولاء وفيه مسائل مشهورة المسئلة الأولى في أن من أعتق

صحيفة	صحيفة
٤٠٤ القول في القصاص	٣٨٣ الجنس الخامس فيما يحجر فيه
٤٠٥ (كتاب الجراح)	على المكاتب مما لا يحجر
للقول في الجراح	٣٨٦ مطالب في شروط الكتابة
٤٠٦ القول في الجروح	٣٨٨ (كتاب التدبير والكلام على
القول في الجرح	أركانه وأحكامه)
٤٠٨ مطلب متى يستقاد من الجرح	الكلام في أركانه الأربعة
٤٠٩ (كتاب الديات في النفوس)	٣٨٩ وأما أحكامه فأصولها راجعة
٤١٥ مطلب في دية الجنين	إلى خمسة أجناس .
٣١٩ (كتاب الديات فيما دون	٣٩٠ الجنس الأول مما إذا يخرج المدبر
النفوس)	الجنس الثاني هل للمدبر أن
٤٢١ القول في ديات الأعضاء	يبيع المدبر
٤٢٧ (كتاب القسامة) وفيه	٣٩١ الجنس الثالث ما يتبعه في التدبير
مسائل :	مما ليس يتبعه
المسئلة الأولى في وجوب الحكم	٣٩٢ الجنس الرابع في تبعض التدبير
بها على الجملة	٣٩٢ الجنس الخامس في مبطلات
٤٢٩ المسئلة الثانية في اختلاف	للتدبير الطارئة عليه
العلماء القائلين بالقسامة فيما	(كتاب أمهات الأولاد)
يجب بها	وفيه مسائل :
المسئلة الثالثة لاختلاف فيمن	٣٩٤ (كتاب الجنائيات)
يبدأ بالإيمان الخمسين	٣٩٥ (كتاب القصاص) وينقسم
٤٣٠ المسئلة الرابعة في موجب	إلى قسمين :
للقسامة عند القائلين بها	القسم الأول القصاص في النفوس
٤٣٣ (كتاب أحكام الزنا) وفيه	٣٩٦ القول في شروط القاتل
ثلاثة أبواب :	٤٠١ القول في الموجب
الباب الأول : في تعريف الرنا	

صحيفة	صحيفة
٤٥٩ باب في حكم المرتد	٤٣٤ الباب الثاني : في أصناف
(كتاب الأقضية) وفيه	الزنا وعقوباتهم
سنة أبواب :	٤٣٨ الباب الثالث : فيما يثبت
الباب الأول : في معرفة من	به الزنا
يجوز قضاؤه	٤٤٠ (كتاب القذف)
٤٦١ الباب الثاني : في معرفة	٤٤٣ باب في شرب الخمر
ما يقضى به	٤٤٥ فصل بماذا يثبت هذا الحد
٤٦٢ الباب الثالث : فيما يكون به	(كتاب السرقة)
القضاء ، وفيه فصول :	٤٥٠ فصل في جنس المسروق
الفصل الأول : في الشهادة	٤٥٢ القول في الواجب في السرقة
٤٦٦ الفصل الثاني : في الإيمان	٤٥٤ القول فيما تثبت به السرقة
٤٦٩ الفصل الثالث : في النكول	(كتاب الحراة) وفيه خمسة
٤٧١ الفصل الرابع : في الإقرار	أبواب :
٤٧٢ الباب الرابع : في معرفة من	٤٥٥ الباب الأول : النظر في الحراة
يقضى عليه أوله	الباب الثاني : النظر في المحارب
الباب الخامس : في كيفية	الباب الثالث : فيما يجب على
القضاء	المحارب
٤٧٤ الباب السادس : في وقت	٤٥٧ الباب الرابع : في مسقط
القضاء	الواجب عنه وهي التوبة
٤٧٧ ترجمة المؤلف	٤٥٨ الباب الخامس : بماذا تثبت
٤٧٩ تقریظ الكتاب	هذه الجنایة .
	٤٥٨ فصل في حكم المحاربين على
	التأويل





